



Roj: **STS 551/2021 - ECLI:ES:TS:2021:551**

Id Cendoj: **28079120012021100112**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2021**

Nº de Recurso: **10478/2020**

Nº de Resolución: **78/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 4304/2020,**
STS 551/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 78/2021

Fecha de sentencia: 01/02/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10478/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: ICR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10478/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 78/2021

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 1 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional con el nº 10478/2020, interpuesto por la representación de D. Abelardo, representado por la procuradora Doña Myriam Álvarez del Valle Lavesque bajo la dirección letrada de D. Ramón Casafont Capdevila, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 6 de julio de 2020 (Rollo de Apelación nº 75/2020), que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, (Rollo de Sala nº 14/2019), por la que fue condenado el recurrente por delitos de agresión sexual con penetración, robo con violencia en casa habitada y lesiones, siendo parte recurrida Dña. Miriam (acusación particular), representada por la procuradora Dña. María Dolores Ribas Mercader bajo la dirección letrada de D. Juan Manuel Mur Martínez, con intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000, incoó Sumario nº 2/2018 por un delito de robo con violencia en casa habitada, un delito leve de lesiones, un delito de agresión sexual con penetración y un delito intentado de agresión sexual con penetración, contra D. Abelardo, una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, que dictó sentencia en fecha 6 de febrero de 2020 que contiene los siguientes hechos probados:

"El procesado, Abelardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 30 de marzo de 2017, sobre las 09:00 horas, junto con otro individuo a quien no afecta este pronunciamiento y que se encuentra en situación de rebeldía en esta causa, se introdujo, con la pretensión de obtener un inmediato beneficio económico, abriendo la puerta con una copia de las llaves obtenida de forma desconocida, en la vivienda de la CALLE000 NUM000, de DIRECCION000, donde se hallaba durmiendo Serafina, nacida el NUM001 de 1925 y afectada por DIRECCION001 con déficit cognitivo severo, y donde se encontraba también su cuidadora, Miriam, nacida el NUM002 de 1975. Una vez en el interior, el procesado y el otro individuo, que ocultaban su rostro con un pasamontañas y las manos con guantes, se dirigieron hacia Miriam, que gritaba fuertemente en ese momento, y, pretendiendo lesionar su integridad física, la tumbaron boca abajo contra el sofá, apretando su rostro y cuello sobre aquél, inmovilizándola, para evitar que siguiera gritando. Tras ordenarle a Miriam que no gritara fue arrastrada hasta el cuarto de baño, donde se quedó a solas con el procesado Abelardo, mientras el otro individuo registraba las habitaciones contiguas buscando objetos de valor. El procesado Abelardo ató a Miriam las manos en la espalda con una camisa y comenzó a realizarle tocamientos en la zona del pecho, nalgas y genitales mientras le decía "bésame, "qué buena estás" y le golpeaba las nalgas. El procesado durante ese suceso expresaba a Miriam que se mantuviera callada porque era colombiano y si gritaba le haría daño.

Con posterioridad el individuo que se hallaba con el procesado entró en el cuarto de baño y el procesado salió y continuó con el registro de la vivienda en busca de objetos de valor. El hombre a quien no se juzga en este momento por hallarse en rebeldía hizo objeto a Miriam de tocamientos en el pecho, nalgas y genitales y acercó su pene a la zona anal pretendiendo introducirlo, sin lograrlo porque Miriam logró defecar.

A continuación, Miriam se quedó sola en el cuarto de baño mientras el procesado y su acompañante buscaban por la vivienda objetos de valor.

El procesado y su acompañante advirtieron a Miriam que no se moviera del cuarto del baño en el que se encontraba.

Finalmente, el procesado Abelardo volvió al cuarto de baño y, pretendiendo satisfacer su ánimo lúbrico, le obligó a practicarle una felación, llegando a eyacular en la boca de la mujer, quien vomitó y escupió sobre la camisa con la que había sido previamente atada y en el suelo del cuarto de baño.

Como consecuencia de estos hechos, el procesado y su acompañante provocaron a Miriam heridas consistentes en edema en el labio superior, en su parte izquierda, y eritema en el pómulo derecho por contusión y contractura muscular moderada de ambos trapecios, que requirieron para su sanidad de una única asistencia facultativa y del transcurso de veintidós días todos ellos impeditivos para las ocupaciones habituales de la lesionada. Como secuela le ha quedado síndrome de estrés postraumático.

El procesado y la persona junto a la que actuó se apoderaron del interior de la vivienda de diversos objetos de valor: un anillo de oro tipo alianza, un anillo de oro con circonitas rojas, una cadena de oro, dos pulseras de plata con una parte de cuero negra, una medalla y una cadena de color bronce con pendientes a juego y un



teléfono móvil marca Huawei CHC U01 G Play Mini propiedad de Miriam , con un valor global de 442 euros; y se apoderó de 780 euros en efectivo propiedad de Miriam

Asimismo, se apoderaron de un anillo de oro con rubí, un anillo de oro con un granate oval y dos brillantes a los lados, una cadena de oro larga que llevaba al cuello con una placa de la virgen, su fecha de nacimiento y sus iniciales, una pulsera de oro con turquesas, una pulsera de oro con cierre de cordón, una pulsera de oro con un perfil de semicírculo, con grabados, un anillo de oro con un dibujo de cuadrados de color negro y unos pendientes de oro amarillo y blanco, valorados conjuntamente en 1920 euros, propiedad de Serafina .

En el momento de los hechos el procesado Abelardo olía a tabaco y alcohol".

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

"PARTE DISPOSITIVA: Condenamos al procesado, Abelardo , como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual con penetración, de un delito de robo con violencia en casa habitada y de un delito leve de lesiones, ya definidos, con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz, a las penas de, por el primer delito, nueve años y tres meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a Miriam , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro por ella frecuentado en una distancia no inferior a 1000 metros, por tiempo superior en un año a la pena de prisión impuesta, así como prohibición de comunicación con ella por cualquier medio por tiempo superior en un año a la pena de prisión impuesta, y medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de seis años; por el delito de robo con violencia en casa habitada, de cuatro años y tres meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a Miriam , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro por ella frecuentado en una distancia no inferior a 1000 metros, por tiempo superior en un año a la pena de prisión impuesta, así como prohibición de comunicación con ella por cualquier medio por tiempo superior en un año a la pena de prisión impuesta; por el delito leve de lesiones, de dos meses de multa con cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal subsidiaria. Condenamos al procesado al abono de la mitad de las costas procesales devengadas en este procedimiento, incluidas las de la acusación particular. Como responsabilidad civil, el procesado, deberá indemnizar a Miriam en la cantidad de 1.222 euros por los efectos y dinero sustraídos; en la cantidad de 945 euros por las lesiones; en la cantidad de 3.000 por la secuela, y en la cantidad de 6.000 euros por el daño moral. Deberá indemnizar a Serafina en la cantidad de 720 euros por los efectos de su propiedad sustraídos. Y deberá indemnizar a Ges Seguros y Reaseguros S.A. en la cantidad de 1.200 euros. A las cantidades indemnizatorias anteriores deberá sumarse el interés legal del dinero.

Absolvemos al procesado del delito de agresión sexual con penetración que se le atribuía en concepto de cooperador necesario.

Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta abónese al procesado el tiempo que ha estado en prisión provisional por este procedimiento".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Abelardo , dictándose sentencia nº 171 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 6 de julio de 2020, en el Rollo de apelación núm. 75/2020, cuyo Fallo es el siguiente: "FALLAMOS: en atención a lo expuesto, no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Acín, en la representación del Sr. Abelardo , contra la sentencia de 6 de febrero de 2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª), cuya resolución confirmamos, declarando de oficio las costas de esta alzada".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución, se preparó recurso de casación por la representación de D. Abelardo 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.- La representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el art. 851.3 de la LECrim. por no haberse resuelto en sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de defensa. NO FORMALIZADO.

Segundo.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim. y del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración de los arts. 24.1 y 24.2 de la CE, especialmente del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Tercero.- Por infracción de ley habida cuenta que se ha producido un error en la apreciación de la prueba, y todo ello al amparo de lo establecido en el art. 849.2 de la LECrim.



Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 15 de octubre de 2020, interesó la inadmisión a trámite del recurso y subsidiariamente su desestimación; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 27 de enero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 6 de febrero de 2020, condenó al acusado Abelardo como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual con penetración, de un delito de robo con violencia en casa habitada y de un delito leve de lesiones, con la concurrencia de la circunstancia **agravante de disfraz**, a las siguientes penas: **a) por el delito de agresión sexual**, a la pena de 9 años y 3 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a Miriam, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro por ella frecuentado en una distancia no inferior a 1000 metros, por tiempo superior en un año a la pena de prisión impuesta, así como prohibición de comunicación con ella, por cualquier medio, por tiempo superior en un año a la pena de prisión impuesta, y medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de 6 años; **b) por el delito de robo con violencia en casa habitada**, a la pena de 4 años y 3 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a Miriam, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro por ella frecuentado en una distancia no inferior a 1000 metros, por tiempo superior en un año a la pena de prisión impuesta, así como prohibición de comunicación con ella, por cualquier medio, por tiempo superior en un año a la pena de prisión impuesta; **c) por el delito leve de lesiones**, a la pena de 2 meses de multa con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria.

La Sección de Apelaciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante la sentencia núm. 171, fechada el 6 de julio de 2020, desestimó el recurso de apelación promovido por el acusado.

Contra esta última resolución se interpone recurso de casación por la representación legal de Abelardo.

Se hacen valer tres motivos que serán objeto de tratamiento singularizado, recurriendo a las obligadas remisiones sistemáticas cuando ello resulte aconsejable.

2.- El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, sostiene la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia (art. 24.1 y 2 CE).

2.1.- A juicio de la defensa, la condena de Abelardo no se apoya en prueba inequívocamente de cargo. El principal testimonio de Miriam no supera las pautas de aproximación valorativa que la jurisprudencia ha fijado para aceptar su credibilidad. Esa falta de credibilidad fue incluso apreciada por los Mossos d'Esquadra, que no descartaron en el atestado la posibilidad de que la testigo estuviera fingiendo ser víctima de un delito. Además, la Audiencia Provincial ha interpretado como un reconocimiento parcial de los hechos afirmaciones del acusado que no pueden tenerse como tales.

Con el fin de acreditar la vulneración de los derechos fundamentales que se dicen infringidos, el recurrente ofrece a esta Sala una valoración alternativa, tan legítima como inaceptable, de los hechos que han servido para respaldar el juicio de autoría. Así, por ejemplo, "...el hecho de que únicamente haya un solo grito al inicio de los hechos demuestra que ciertamente había una connivencia en la actuación". Se llega al punto de reprochar a la víctima el que no se defendiera realizando actos de fuerza "... para zafarse de sus presuntos agresores, tales como darles algún golpe, empujón, mordida de pene, etc."

Asimismo, en relación con las lesiones sufridas por Miriam se apunta que "...ninguna prueba se practicó que permitiera conocer si estas lesiones tenían carácter previo a los hechos o son consecuencia de dichos hechos, tal y como se puso de relieve por esta defensa en su informe".

En el desarrollo del motivo el Letrado aborda un minucioso esfuerzo de desacreditación de la valoración probatoria que ha llevado a la Audiencia Provincial a declarar la responsabilidad criminal de Abelardo. Se descartan las corroboraciones periféricas apreciadas en la instancia -avaladas en la apelación- y se ofrece a esta Sala una glosa alternativa a las declaraciones de la principal testigo de cargo. Se nos invita al visionado de la grabación del juicio para que concluyamos que "...cualquier interpretación contraria a la que se expone por la defensa -como ha hecho la sentencia objeto del presente procedimiento- se considera contraria a derecho y objeto de revisión por parte del Tribunal al cual nos alzamos, interesando que se declare probada dicha declaración de connivencia entre ambas partes".



2.2.- Los términos en que ha sido formalizado el motivo -más allá de constatar su laboriosidad- desbordan el significado funcional del recurso extraordinario de casación.

Ningún parecido existe entre la posición procesal de la Audiencia Provincial ante la que se practican las pruebas y la capacidad del Tribunal Supremo para ponderar en términos jurídicos la corrección de la inferencia del órgano decisorio. Esta diferencia se ha hecho todavía más acusada a raíz de la reforma operada por la LO 41/2015, 5 de octubre, que ha generalizado la doble instancia en la jurisdicción penal. El efecto inmediato del doble grado de jurisdicción ha venido a suponer una mutación de objeto histórico del procedimiento casacional, que ya no aspira a revisar la sentencia pronunciada en la primera instancia, sino una resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia después de resolver el recurso de apelación. Por consiguiente, no nos incumbe ahora realizar una nueva valoración de la prueba. Aun cuando resulte una obviedad recordarlo, nuestro ámbito cognitivo no nos faculta a desplazar la conclusión probatoria alcanzada por la Audiencia, ante el mayor atractivo de los argumentos que pudiera encerrar, en su caso, el discurso impugnativo del recurrente. La reforma de la casación penal impide al recurrente incurrir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación. Tampoco le permite 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 (cfr. SSTs 537/2020, 22 de octubre; 498/2020, 8 de octubre; 405/2018, 18 de septiembre, y 304/2019, 11 junio, por todas).

2.3.- Y es desde esta perspectiva como hemos de aproximarnos a la impugnación hecha valer por la defensa.

De entrada, el eje argumental sobre el que se apoya el motivo toma como fuente inspiradora las sospechas de los Mossos d'Esquadra acerca de la posibilidad de que quien aparecía como víctima-denunciante, en realidad estuviera concertada con quienes robaron en el domicilio de la mujer a la que cuidaba, la agredieron sexualmente y causaron las lesiones padecidas.

La aceptación del argumento que invoca la defensa, referido al valor del atestado elaborado por la policía autonómica, en el que se sugiere la posibilidad de que la víctima estuviera simulando un delito, supondría voltear el espacio decisorio que nuestro sistema constitucional reserva a los órganos jurisdiccionales. Aunque debería ser una obviedad proclamarlo, lo cierto es que no existe vinculación alguna respecto de las valoraciones que la Policía Judicial pueda realizar en relación con la hipotética tipicidad de los hechos reflejados en un atestado. El art. 297 de la LECrim atribuye al atestado el valor de denuncia. De ahí que la inclusión de valoraciones jurídicas sobre los hechos incluidos en esa denuncia supone una extralimitación funcional que, por más extendida que esté su práctica, nunca podrá ser aceptada por esta Sala.

No es la primera vez que tenemos ocasión de pronunciarnos sobre esta materia. Hemos dicho, por ejemplo, que la afirmación del instructor de unas diligencias que valoró la credibilidad de una menor que denunciaba haber sido agredida sexualmente, encierra una extralimitación funcional carente de toda cobertura jurídica. Ya hemos apuntado cómo el atestado no es sino el vehículo formal de una denuncia hecha valer ante las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Precisamente por ello el atestado no es el lugar adecuado para que el agente instructor deslice valoraciones personales acerca de la fundamentación de la denuncia, su viabilidad o el crédito que merezca el denunciante. Al hacerlo, desborda el espacio funcional que nuestro sistema reserva a los agentes de la autoridad que intervienen en la confección de la denuncia. Ésta, por su propia naturaleza, sólo debe acoger hechos, no valoraciones personales acerca de la credibilidad o las contradicciones del denunciante. El deber de abstenerse de ese tipo de apreciaciones, sin otro respaldo que la intuición del instructor, se refuerza, si cabe, cuando quien está denunciando es una menor de edad, sujeta a una institución tutelar y que ha tomado la determinación de acudir a una comisaría a denunciar abusos sexuales.

El atestado, en fin, no es lugar adecuado para valoraciones personales del agente que asume su confección. Así se desprende del art. 292 de la LECrim. Y de modo especial, de la Instrucción 7/1997, 12 de mayo, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre elaboración de atestados, que en su apartado primero establece que "...las exposiciones contenidas en los atestados tratarán de recoger todos aquellos hechos objetivos que evidencien la realidad, sin que las mismas vayan acompañadas de valoraciones o calificaciones jurídicas; por ello, deberá evitarse todo tipo de criterios subjetivos y cuestiones irrelevantes para el proceso penal". Con anterioridad, la Instrucción 9/1991 ya había recordado que "...en la redacción de los atestados e informes policiales se procurará hacer una detallada y minuciosa descripción fáctica que evidencie la realidad, omitiéndose en lo posible las impresiones y apreciaciones subjetivas o de ineficacia esclarecedoras".



Cuestión distinta es que el atestado recoja informes de los órganos científicos de Policía Judicial que exijan para el respaldo de sus conclusiones la exposición de valoraciones técnicas que, como es lógico, estarán filtradas por la metodología suscrita en la elaboración de ese dictamen. A ellos se refiere el último inciso del art. 11.1.g) de la LO 2/1986, 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En definitiva, las valoraciones subjetivas sobre el respaldo probatorio de los hechos denunciados en un atestado, sobre la credibilidad del denunciante o acerca de sus contradicciones, no son sino reflexiones extravagantes perfectamente prescindibles. No son los agentes de la autoridad -cuyo decisivo papel en la fase de investigación es incuestionable- los llamados a dejar constancia de su personal opinión acerca de los hechos denunciados. Incorporar a la rutina del proceso penal una práctica en la que la Policía filtra una denuncia a partir de su personal perspectiva valorativa, contribuye a desdibujar las respectivas parcelas funcionales de los órganos del Estado llamados al esclarecimiento de los hechos delictivos (STS 390//2014, 13 de mayo).

La defensa incurre también en un error en su estrategia exoneratoria -cuya legitimidad, insistimos, no se cuestiona- que lastra algunas de sus inferencias. Exige a la víctima que demuestre que las heridas no son anteriores a los hechos; reprocha a Miriam que no gritara suficiente y que no se defendiera propinando un mordisco en el pene a Abelardo cuando éste le obligaba de forma intimidatoria a practicarle una felación.

En definitiva, se pide de esta Sala lo que el recurso extraordinario de casación no autoriza y se olvida que el verdadero objeto de la impugnación formalizada no es la sentencia dictada en primera instancia, sino la que ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia al resolver la apelación.

2.4.- Así centrados los términos necesarios para la viabilidad de una queja casacional como la que entabla la defensa del acusado, el examen de la sentencia dictada en grado de apelación refuerza las razones para la desestimación del motivo.

En efecto, su lectura pone de manifiesto el ejercicio modélico por parte del Tribunal *ad quem* de la función que le incumbe a la hora de valorar las alegaciones del recurrente y su queja por la posible vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

En relación con la alegada falta de credibilidad que se atribuye a la víctima, el FJ 6º se expresa en los siguientes términos: "las informaciones aportadas por la Sra. Miriam nos resultan, como le resultaron al tribunal de instancia, altamente fiables sin que identifiquemos tan siquiera la objeción de impersistencia que se afirma en él recurso. En esencia, la Sra. Miriam precisó cómo el acusado -a quien no pudo reconocer fisonómicamente pues se cubría el rostro-, junto a un tercero no juzgado, después de atarla le comenzó a realizar tocamientos libidinosos por distintas partes del cuerpo para posteriormente, algunos minutos después, introducirla el pene en la boca, eyaculando, lo que provocó que vomitara y escupiera sobre la camisa con la que había sido atada. Y que fueron los dos asaltantes los que procedieron a registrar las habitaciones apoderándose de los objetos que se precisan en el apartado de hechos probados. El relato fue preciso en los elementos nucleares y contenido, evitando elementos de hipercriminalización. Los desajustes con lo declarado en otras fases del proceso afectan a elementos periféricos -y, además, las omisiones puntuales se refieren a datos con valor potencialmente incriminatorio- que no comprometen al nivel de coherencia y consistencia exigible en el relato. Este permite declarar contundentemente acreditado cómo el recurrente, con su actuación a lo largo del plan de ejecución, comprometió de forma inaceptable y mediante un marco violencia, la dignidad personal y la libertad sexual de aquella además de atentar contra su patrimonio".

La Sala tiene que hacer también suyo el discurso de la Sección de Apelaciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cuando subraya, frente a las alegaciones de la defensa, la existencia de suficientes elementos de corroboración: "...la información en los aspectos nucleares ha venido corroborada por elementos periféricos de notable relevancia. Primero, la ocupación del móvil de la Sra. Miriam en poder del hoy recurrente cuando fue detenido días después. Dos, las lesiones que presentaba, muy significativas -en especial, la contractura en los dos trapecios- del todo compatibles con el modo de producción narrada por la víctima. Tres, el hallazgo de semen, cuyo ADN corresponde al hoy recurrente, en la ropa de la Sra. Miriam. Indicios que interactúan, arrojando un valor alto de corroboración. Insistimos, dicho resultado de valor se nutre de todas las informaciones probatorias tomadas en cuenta, sin que resulte metodológicamente aceptable la deconstrucción del cuadro de indicios para, de ahí, concluir que cada uno por sí carece de fuerza corroborativa, como propone el recurrente. Es cierto que resulta fenomenológicamente posible que las lesiones que presentaba la Sra. Miriam se las hubiera causado con anterioridad o que el Sr. Abelardo se hubiera limitado a masturbarse en presencia de la víctima, pero ello en sí no sirve para neutralizar la relevancia reconstructiva de lo altísimamente probable. Y lo es que la posesión por el recurrente del móvil de la Sra. Miriam sea la consecuencia del robo descrito por esta. O que, mediante maniobras de sujeción tan bruscas, como las que describió la Sra. Miriam, se causen las lesiones que esta presentaba. Como también es altísimamente probable que la presencia de semen en las ropas de una testigo que está siendo asaltada,



se explique como la consecuencia de una eyaculación producida en el marco de una agresión sexual. Y en ese sentido, debe recordarse que la explicación absurda o increíble de la persona acusada sobre la presencia en el lugar del crimen, sobre la tenencia de instrumentos de este o sobre la posesión de sus efectos, puede ser objeto de valoración probatoria y si bien no puede fundar por sí misma la convicción de culpabilidad, sí puede ser utilizada, razonablemente, para reforzar la propia cadena de los indicios que conforman la inferencia. Sin que ello suponga lesión alguna del derecho fundamental a la no autoincriminación"

Por último, descarta la sentencia dictada en apelación la existencia de móviles espurios por parte de la víctima, Miriam . Y lo hace con una línea explicativa que genera la absoluta identificación de esta Sala: "Su análisis crítico de las razones valorativas del tribunal parte de la construcción de una hipótesis alternativa: la Sra, Miriam miente porque formando parte del plan criminal su única intención es protegerse de posibles consecuencias penales. Pero dicha hipótesis tiene un evidente problema de confirmación: se basa única y exclusivamente en lo que manifiesta el recurrente y ello, a la luz de los otros datos probatorios tomados en cuenta, carece de toda plausibilidad. (...) Las explicaciones alternativas que el recurrente ofrece al cuadro de elementos confirmatorios de la hipótesis acusatoria que analiza el tribunal solo se basan en las declaraciones del acusado -se registró la habitación de la Sra. Miriam para simular su participación; se limitó a masturbarse en presencia de la Sra. Miriam ; iban con los rostros tapados no para ocultarse de la Sra. Miriam sino de terceros; el tercero no juzgado sí habló- o en fórmulas alternativas hipotéticas de producción que rozan, alguna de ellas, la mínima racionalidad exigible -como cuando se afirma "que resulta extraño que la Sra. Miriam no hubiera adoptado una actitud más agresiva para zafarse de sus presuntos agresores, tales como darles algún golpe, empujón, mordida de pene etc. (sic)". (...) La sala de instancia descarta, con razones contundentes, que la Sra. Miriam sea una testigo mendaz o que su testimonio responda a finalidades espurias. Las informaciones aportadas por aquella tienen un alto valor reconstructivo y han gozado de un notabilísimo nivel de corroboración externa, en los términos ya apuntados".

En definitiva, la condena impuesta al recurrente Abelardo por la Audiencia Provincial de Barcelona, ratificada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, descarta cualquier vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva o a la presunción de inocencia. Se ha valorado prueba lícita, inequívocamente de cargo y ha sido valorada de forma racional en la instancia. La responsabilidad criminal declarada en la instancia ha sido revisada en apelación con un impecable razonamiento en la sentencia que es objeto del presente recurso.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

3.- El segundo motivo, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, denuncia infracción de ley, error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y que demuestran el error del juzgador.

La formalización del motivo se limita a una designación genérica, no precisa, de aquellos documentos que acreditarían, a juicio de la defensa, el error valorativo. Se limita a afirmar lo siguiente: "...el error en la valoración probatoria va íntimamente ligada con la necesaria revisión y contradicción objetivada en los documentos y grabaciones audiovisuales del Juicio Oral, expuestos en el Motivo anterior y que no se reproducen por economía procesal, que constan en la presente causa".

La desestimación es obligada y así lo reivindica el Ministerio Fiscal, que anota la jurisprudencia de esta Sala referida a la viabilidad del recurso de casación cuando se entabla por la vía del art. 849.2 de la LECrim.

De una parte, por cuanto que no se designan con precisión los documentos que se ofrecen a nuestra consideración. Indicar como tales "...los documentos y grabaciones audiovisuales del juicio oral" supone incurrir en la causa de inadmisión -ahora desestimación- prevista en el art. 884, apartados 4º ("cuando no se hayan observado los requisitos que la Ley exige para su preparación o interposición") y 6º ("en el caso del número 2º del art. 849, cuando el documento o documentos no hubieran figurado en el proceso o no se designen concretamente las declaraciones de aquellos que se opongan a las de la resolución recurrida").

Con independencia de lo anterior, como ya hemos declarado en innumerables ocasiones -de las que las SSTS 546/2007, 12 de junio y 795/2007, 3 de octubre, son buena muestra-, ni las diligencias policiales, ni la declaración judicial del condenado ni, por supuesto, el acta del juicio oral, son documentos a efectos casacionales, conforme viene reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, cfr. STS 480/2003, 4 de abril). Tampoco tiene el carácter de documento y por tanto carece de virtualidad impugnatoria, el soporte auditivo o audiovisual en el que se ha grabado el juicio. (Cfr. STS de 196/2006, 14 de febrero y 284/2003, 24 de febrero).

De ahí que el esfuerzo argumental encaminado a acreditar la pretendida equivocación del órgano decisorio esté condenado de antemano a ser inatendido.



4.- El tercero y último de los motivos se interpone por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim. Alega aplicación indebida de los arts. 178 y 179 -agresión sexual-; art. 22.2 -agravante de disfraz- e inaplicación indebida del art. 21.2 en relación con el 20.2 -atenuante analógica de embriaguez-, todos ellos del CP.

En la impugnación que hace valer la defensa, la aplicación indebida de esos preceptos no se refiere al posible error en el juicio de subsunción, sino a la falta de sostén probatorio para respaldar esa calificación de los hechos. Con ello se desvía el motivo de la vía que proclama su enunciado. La formulación de un motivo por error de derecho (art. 849.1 de la LECrim) exige como presupuesto metodológico que el desacuerdo con la calificación jurídica de los hechos se exprese aceptando, como inequívoco punto de partida, el juicio histórico tal y como ha sido redactado en la instancia. Al no hacerlo así se incurre en la causa de inadmisión-desestimación prevista en el art. 884.3º de la LECrim: "cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos..."

En el examen del motivo nos limitamos, por tanto, a valorar la congruencia entre la secuencia fáctica que se refleja en el relato de hechos probados y el juicio de tipicidad que se ha suscrito en la instancia. Así lo recuerda también el Fiscal en su escrito de impugnación.

4.1.- No existe vulneración de los arts. 178 y 179 del CP. Tampoco ha sido indebidamente aplicada la agravante de disfraz (art. 21.2 CP). Basta una lectura del fragmento que a continuación transcribimos para descartar el error que se denuncia: "...el procesado y el otro individuo, que ocultaban su rostro con un pasamontañas y las manos con guantes, se dirigieron hacia Miriam , que gritaba fuertemente en ese momento, y, pretendiendo lesionar su integridad física, la tumbaron boca abajo contra el sofá, apretando su rostro y cuello sobre aquél, inmovilizándola, para evitar que siguiera gritando. Tras ordenarle a Miriam que no gritara fue arrastrada hasta el cuarto de baño, donde se quedó a solas con el procesado Abelardo , mientras el otro individuo registraba las habitaciones contiguas buscando objetos de valor. El procesado Abelardo ató a Miriam las manos en la espalda con una camisa y comenzó a realizarle tocamientos en la zona del pecho, nalgas y genitales mientras le decía "bésame, "qué buena estás" y le golpeaba las nalgas. El procesado durante ese suceso expresaba a Miriam que se mantuviera callada porque era colombiano y si gritaba le haría daño".

Después de una interrupción dirigida a registrar el inmueble y obtener objetos de valor, se sucedió un segundo episodio descrito en los siguientes términos: "...finalmente, el procesado Abelardo volvió al cuarto de baño y, pretendiendo satisfacer su ánimo lúbrico, le obligó a practicarle una felación, llegando a eyacular en la boca de la mujer, quien vomitó y escupió sobre la camisa con la que había sido previamente atada y en el suelo del cuarto de baño".

Estos pasajes del juicio histórico describen los elementos del tipo objetivo y subjetivo que forman la estructura de los preceptos penales que han sido aplicados. Carece de sentido atribuir un error en el juicio de tipicidad, tanto en lo referido al atentado a la libertad sexual de la víctima (arts. 178 y 179 CP) como a la aplicación de la agravante de disfraz (art. 21.2 CP).

4.2.- Tampoco consideramos un error de subsunción el hecho de no haber apreciado la atenuante analógica de embriaguez del art. 20.2 del CP.

En efecto, el relato fáctico se limita a señalar que "...en el momento de los hechos el procesado Abelardo olía a tabaco y a alcohol".

Lo que reivindica la defensa es una circunstancia cuya apreciación implicaría el reconocimiento de una alteración de la imputabilidad del acusado. Y no es eso lo que refleja el hecho probado.

No basta la halitosis alcohólica para dar por probada esa disminución de la culpabilidad. Así lo hemos declarado en anteriores precedentes. La mera afirmación de la víctima de que el agresor olía a alcohol, no es suficiente para aplicar la atenuante pretendida pues no basta para ello haber ingerido bebidas alcohólicas, sino que tal ingesta haya determinado una merma notable en el acusado de su capacidad de entender la significación antijurídica de su comportamiento o de obrar conforme a ese entendimiento y la mera ingesta de una indeterminada cantidad de alcohol no implica por si misma que las facultades mentales de aquél se encuentren alteradas (SSTS 1353/2005, 16 de noviembre y 1424/2005, 5 de diciembre).

Fiel a esa jurisprudencia, la sentencia recurrida apunta, ya en el plano probatorio que enfatiza la defensa desbordando los límites de la vía casacional que "...la prueba producida, en efecto, no aporta informaciones significativas para poder afirmar que el acusado se encontrara influido hasta el punto de afectar de modo mínimamente significativo su capacidad de entender los mandatos normativos y de comportarse según dicha comprensión. La propia capacidad de acción demostrada y de energía criminal empleada lo descartan. La atenuación solo puede basarse en un déficit de culpabilidad que debe quedar acreditado de forma suficiente. Y no es el caso. Más allá del aliento a alcohol y a tabaco descrito por la víctima no hay otro dato que lo avale".



5.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de D. Abelardo contra la sentencia núm. 171, fechada el 6 de julio de 2020, dictada por la Sección de Apelaciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestimó el recurso de apelación promovido contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 6 de febrero de 2020, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual con penetración, de un delito de robo con violencia en casa habitada y de un delito leve de lesiones, con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina