

Id Cendoj: 28079120012008100027
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 10714/2007
Nº de Resolución: 51/2008
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x AGRESIÓN SEXUAL CON SUPERIORIDAD x
- x AGRESIÓN SEXUAL CONTRA VÍCTIMA VULNERABLE x
- x DIFUSIÓN A MENORES DE PORNOGRAFÍA x
- x ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA x
- x DECLARACIÓN DE TESTIGOS x
- x INFORME PERICIAL x
- x INCONGRUENCIA OMISIVA x
- x PRESUNCIÓN DE INOCENCIA x
- x DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA x
- x MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA x
- x PRINCIPIO ACUSATORIO x
- x NON BIS IN IDEM x
- x RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA x
- x RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO x

Resumen:

Agresión sexual. Exhibicionismo. Error en la apreciación de la prueba. Declaraciones de testigos. Informes periciales. Incongruencia omisiva. Presunción de inocencia. Declaración de la víctima. Principio acusatorio. Principio non bis in idem. Intimidación. Especial vulnerabilidad. Prevalimiento. Motivación. Responsabilidad civil subsidiaria.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Febrero de dos mil ocho.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por Jose Pablo y ALOHA COLLEGE SA. como responsable civil subsidiario, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 8ª, que condenó a los acusados, por un delito de agresiones sexuales; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y, como parte recurrida José , representado por la Procuradora Sra. Dª Consuelo Rodríguez Chacon, y dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Martínez Minguez y Abajo Abril respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Marbella, instruyó sumario con el número 1 de 2005, contra Jose Pablo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección Octava, con fecha 27 de abril de 2007, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Del conjunto de prueba practicada y obrante en autos, apreciada en conciencia, se establece como probado y así se declara que el procesado Jose Pablo , mayor de edad y sin antecedentes penales en nuestro país, en la fecha 31 de mayo de 2.000, impartía clases de kárate en el

Centro Aloha College S.A. de Marbella, circunstancia que brindaba al procesado la posibilidad de conocer y captar a chicos jóvenes, cosa que hizo con el menor Donato , nacido el 31 de mayo de 1.988, y al que, una vez cumplidos los doce años de edad, empezó a atraerlo mediante el regalo de un teléfono móvil y acercarse mucho al mismo, llegando en determinado momento a invitarle para que fuera a su casa, en URBANIZACIÓN000 fase NUM000 n° NUM001 de Marbella, a los que el menor accedió. Una vez allí, el procesado, movido por torpes deseos, empezó con tocamientos íntimos al menor, obligándole a someterse a sus deseos con la advertencia de que si no lo hacía, lo iría divulgando y se lo contaría a sus amigos, sintiéndose el menor atemorizado, lo que aprovechó el procesado para penetrar analmente al menor, acto al que le sometió durante las semanas consecutivas, al tiempo que le obligaba a hacerle felaciones y masturbaciones y le exhibió alguna película pornográficas de las que disponía, todo ello con una frecuencia que llegó a ser de una vez por semana, siempre con la advertencia de divulgarlo y exhibir las fotografías del menor desnudo, que el procesado hizo al efecto.

Los actos antes descritos, se han venido realizando por el procesado sobre el menor Donato , con la frecuencia expuesta, desde el momento en que éste acaba de cumplir los **12** años de edad (31 de mayo de 2.000), hasta el día 10 de febrero de 2.005, excepción hecha de un periodo de 2 años en que el menor estuvo con sus padres en Inglaterra.

Durante el tiempo dicho, el procesado no ha cesado de mandar mensajes al teléfono móvil del menor, conminándole unas veces y advirtiéndole con divulgarlo todo en otras, con la finalidad de tenerle sometido a sus más bajos instintos, llegando en una ocasión (a finales del año 2.004) a apuntarle con una pistola, así como en otras ocasiones le dirigió gritos y gestos violentos, sintiéndose el menor vinculado a decirle lo que el procesado quería oír a fin de evitar que cumpliera el mismo sus advertencias.

Esta situación se vino manteniendo por el procesado, hasta que el menor se decidió a contárselo a su amigo Jose Francisco , así como a sus propios padres, que interpusieron la denuncia el día 13 de febrero de 2.005.

En registro domiciliario que le fue legalmente practicado al procesado, le fue ocupada, entre otros efectos, una pistola detonadora y de gas, marca VALTRO modelo 8000 F.S. y 7 cartuchos de gas, prohibida a particulares fuera del domicilio según el vigente Reglamento de Armas.

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

FALLO: Que debemos condenar y condenamos al procesado Jose Pablo , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de agresión sexual, y otro delito de exhibicionismo, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal a la pena de; por el delito continuado de agresión sexual, 13 años y 6 meses de prisión, y por el delito de exhibicionismo la pena de 1 año de prisión, y prohibición de aproximarse a la víctima, Donato y su familia y sus domicilios así como de comunicar con ellos por cualquier medio, durante 25 años; con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficios durante igual tiempo y al pago de 2/3 de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular al haber sido relevante, e indemnización a favor de Donato en la suma de 60.000 euros en concepto de daños morales, con abono de intereses legales, declarándose la Responsabilidad Civil Subsidiaria del Centro Aloha College S.A.; siendo de abono para el cumplimiento de la expresada pena el tiempo que ha estado privado de libertad en la presente causa y se aprueba, por sus propios fundamentos, el auto de insolvencia de 21-09-2006 que el Juzgado Instructor dictó y consulta en el ramo correspondiente. Así mismo, debemos absolverle V absolvemos del delito de tenencia ilícita de armas del que viene siendo acusado, al no considerarse acreditada la comisión del mismo, declarándose de oficio 1/3 de costas procesales.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, por Jose Pablo y ALOHA COLLEGE SA. como responsable civil subsidiario, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Las representaciones de los procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Recurso interpuesto por Jose Pablo

PRIMERO.- Al amparo del *art 849.2 LECrim* . por error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO.- Al amparo del *art. 851.3 LECrim* . por no resolverse en la sentencia todos los puntos que han sido objeto de la defensa.

TERCERO.- Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y del derecho a la presunción de inocencia.

Recurso interpuesto por ALOHA COLLEGE MARBELLA SA.

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al no constar en la causa ningún elemento sobre el que basar la fijación de la responsabilidad civil determinada en sentencia.

SEGUNDO.- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por infracción del *art. 120.3 CP* .

TERCERO .- El tercer motivo se articula al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por infracción del *art. 115 CP* .

CUARTO .- Al amparo del *art. 851.1 LECrim* . por quebrantamiento de forma

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veintidós de enero de dos mil ocho.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Jose Pablo

PRIMERO: El primer motivo por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, *art. 849.2 LECrim* ., dado que en relación al delito de agresión sexual no está acreditado en las actuaciones la concurrencia de violencia e intimidación ni se hace valoración jurídica alguna respecto del elemento indispensable de la violencia e intimidación. Para ello se refiere a las declaraciones testimoniales de la propia víctima de las que se deduce la inexistencia de acciones objetivamente determinadas y de la suficiente gravedad que produzcan el aquietamiento de la víctima ante la amenaza seria, grave y fundada del mal que se cierne de forma inminente sobre ella, remitiéndose al acta del juicio oral, y a la pericial forense que señaló la ausencia de secuelas físicas en el menor cuando fue reconocido por ellos y la no evidencia de signos psíquicos traumáticos. Por lo tanto como el relato fáctico no permite aludir a esa especialidad (violencia o intimidación) cabría la posibilidad de acudir al *art. 181 CP* . que encabeza los abusos sexuales, cuando sin violencia ni intimidación, y sin que medie consentimiento de la víctima se atenta presuntamente, contra la libertad sexual.

De la misma forma, en cuanto al elemento carnal dentro de la agresión sexual (*art. 179*) remitiéndose nuevamente a la declaración de la víctima y pruebas periciales, entiendo su no acreditamiento, al no hallarse secuelas físicas en el menor cuando por la habitualidad de las penetraciones anales a las que fue sometido con una frecuencia casi semanal, durante varios años, aquellas serian claras y al menos aparecería una cierta deformidad o enrojecimiento en el esfínter anal, y en cualquier caso en el acto del juicio se exhibió al menor un mensaje remitido por éste al acusado en el que decía que "era virgen".

Por ultimo en lo que se refiere al delito de exhibicionismo se alega en el motivo que la sentencia incurre en una grave falta de motivación de cuales han sido las razones que han llevado al juzgador de instancia a condenar al recurrente por dicho delito, cuando ni siquiera hace una breve mención a las pruebas practicadas en el acto del juicio oral en relación al motivo, y ha existido error en la apreciación de las pruebas, pues de la declaración de la víctima se desprende que el visionado de la película pornográfica no esta guiado por el propósito del acusado de obtener beneficios sexuales, estando ausente, por ello, el elemento subjetivo del injusto.

El motivo deviene inadmisibile.

En efecto, debemos recordar que la vía del *art. 849.2 LECrim* . solo se pueden combatir los errores

fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el *art. 849.2 LECrim* . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, *art. 849.1 LECrim* . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el *art. 849.2 LECrim* . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el *art. 849.2 LECrim* . que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (*art. 9.3 CE*), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este *nº 2º del art. 849 LECrim* . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el *art. 9.3 CE* como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el *art. 5.4 LOPJ* , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala - a que nos referiremos más adelante con más profundidad- que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este *art. 849.2º LECrim* ., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por **ejemplo** SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10 , viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de

prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, *art. 741 LECrim* .;

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

SEGUNDO: Pues bien en el caso presente el recurrente señala como "documentos" que acreditarían ese error en la apreciación de la prueba respecto de los elementos configuradores de los delitos por los que ha sido condenado, las declaraciones testificales de la propia víctima y la pericial forense de los doctores Jose Carlos y Miguel , lo que resulta inaceptable.

En efecto quedan excluidos del concepto de "documento" a efectos casacionales todos aquellos, que sean declaraciones personales, aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación las percibe (STS. 1006/2002 de 5.6).

Por ello la impugnación no puede aceptarse al no ser documentos a efectos casacionales las declaraciones de los testigos, ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia, (SSTS. 26.3.2001 y 3.12.2001). No de otra forma decíamos en las SSTS. 15.12.2006, 19-10-2006, 8.5.2005 y 15.2.2005 , "ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tiene la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el *art. 849.2 LECrim* .

En realidad, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el *art. 741 LECrim* . Y lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio. Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados. El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación" (SSTS. 26.2.2001. y 22.5.2003).

Y en relación a la designación del informe pericial forense como documento, habrá de decirse -ver STS. 778/2007 de 9.10 -, que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba.

No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación (SSTS. 5.6.2000, 5.11.2003).

Por ello esta Sala solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como:

a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario.

b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2, 1224/2000 de 8.7, 1572/2000 de 17.10, 1729/2003 de 24.12, 299/2004 de 4.3, 417/2004 de 29.3).

En el primer caso se demuestra un error porque asumiendo su informe al incorporar a los hechos las conclusiones del único informe pericial sin explicación que lo justifique se hace de un modo que desvirtúa su contenido probatorio, y en el segundo se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo (STS. 2144/2002 de 19.12).

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia de esta Sala a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación. Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el *artículo 741 de la LECrim*. Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (*artículo 724 de la LECrim*). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

En definitiva, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del *art. 849.2 LECrim*. No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si, como hemos dicho, en definitiva la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. (*art. 849.2*) en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efectos nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio, (SSTS. 275/2004 de 5.3 y 768/2004 de 18.6).

Ahora bien, no debe confundirse este supuesto excepcional con la valoración que el Tribunal hace de la prueba pericial, pues, como indica la STS. 1572/2000 de 17.10 " el Tribunal ha valorado una pluralidad de informes, incluidos las matizaciones realizadas por el Perito en el acto del juicio oral, obteniendo racionalmente su convicción tomando en consideración una gran variedad de cuestiones...., por lo que nos encontramos ante un ejercicio razonable de las facultades valorativas del Tribunal de instancia no cuestionables a través de este cauce casacional".

El informe, en suma, han de patentizar el error denunciado, no estar contradichos por otras pruebas y ser relevantes para la resolución del caso (SSTS. 23.4.2002, 23.3.2000).

En el caso de autos, el recurrente valora el informe pericial forense (folios 166 a 168) de forma parcial, fragmentaria e interesada, para llegar a la conclusión de la inexistencia de violencia o intimidación y acceso carnal no consentido, recogidos en la resultancia fáctica, por cuanto exclusivamente destaca que dicho informe señala la ausencia de secuelas físicas en el menor y la no evidencia de signos psíquicos traumáticos, lo que si bien es cierto, no lo es menos -tal como precisa el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación- que los propios médico-forenses añadieron en el referido informe: "la supuesta contradicción existente entre lo manifestado por el menor y la exploración forense del mismo realizada en el servicio de urgencias del Hospital Costa del Sol, se puede explicar por el hecho manifestado por el mismo, de que la última penetración anal se produjo en el mes de noviembre de 2004, y el último contacto sexual de fecha 10 de febrero de 2005, consistió en una felación, por lo que no se apreciaron lesiones anales en la exploración forense llevada a cabo el 9.3.2005.

Esta precisión de los Forense se ve complementada por sus explicaciones en el acto del juicio oral (folio 12 Acta) en el que a la pregunta de la acusación particular de si existen penetraciones anales que no causen lesiones, respondieron que dependía de la discordancia del tamaño del pene y la elasticidad del esfínter, de si estaba o no lubricado, de si había habido violencia o de si la penetración había sido o no completa. Declaraciones estas que unidas a lo reflejado en el informe permiten aclarar las razones por las que no se evidenciaron secuelas físicas en el menor.

Sin olvidar que en la exploración física del menor realizada por el medico forense, Lorenzo , en el

servicio de urgencias del Hospital (folio 17) se recoge: "en la exploración anal se observa discreto aumento de la coloración normal de la mucosa con una discreta hipertrofia del plexo venoso hemorroidal, signos estos de carácter inespecíficos aunque no incompatibles con lo manifestado por el menor.

TERCERO: El motivo segundo de casación por quebrantamiento de forma al no resolverse en la sentencia todos los puntos que han sido objeto de defensa, *art. 851.3 LECrim* . en concreto en relación al delito de agresión sexual al no hacer referencia alguna al requisito de la violencia o intimidación, como elementos diferenciador del delito de abuso sexuales tal como se argumentó por la defensa en el informe final; y respecto al delito de exhibicionismo, la sentencia omite cualquier referencia a las alegaciones efectuadas por la parte en cuanto a la inexistencia del dolo o animo lascivo exigido por el *art. 186 CP* .

Como decíamos en la STS. 265/2007 de 9.4 , "El vicio de la sentencia denominado por la jurisprudencia "incongruencia omisiva" o, también "Fallo corto" aparece en aquellos casos en que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte - integrado en el de la tutela judicial efectiva- a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (STS. 170/2000 de 14.2). Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros medios impugnativos, cual es el previsto en el *art. 849.2 LECrim* ., error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS. 182/2000 de 8.2).

Por ello, no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2).

"Puntos", nos dice literalmente este *art. 851.3º* . "Puntos litigiosos", nos decía el *art. 359 LECrim* . derogado por la nueva *Ley 1/2000* , que también habla de "pretensiones". Este último término (pretensiones) es el que usa nuestro Tribunal Constitucional cuando trate esta materia de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del *art. 24.1 CE* , mientras que en esta Sala del Tribunal Supremo preferimos hablar de "cuestiones jurídicas".

Expresiones varias con las que tratamos de decir lo mismo: los extremos concretos que deban resolverse en toda sentencia, para excluir las meras cuestiones fácticas y también las simples argumentaciones utilizadas en apoyo de cada pretensión deducida por la parte. Las partes activas y pasivas de cualquier proceso realizan sus peticiones al tribunal correspondiente. Estas peticiones se amparan en determinados planteamientos jurídicos. Podemos decir que cada uno de estos planteamientos son los "puntos" que deben resolverse en la sentencia. "Puntos" que, se diferencian, por un lado, de los hechos en que esa petición se apoya y, por otro lado, de los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma determinada al caso correspondiente.

En resumen, esta Sala (SSTS. 23.3.96, 18.12.96, 29.9.99, 14.2.2000, 27.11.2000, 22.3.2001, 27.6.2003, 12.5.2004, 22.2.2006, 11.12.2006), viene exigiendo las siguientes condiciones para que pueda apreciarse este motivo:

1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitada por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC. 15.4.96).

c) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente

interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC. 169/94, 91/95, 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC. 263/93; TS. 96 y 1.7.97), esto es cuando el conjunto de la decisión permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pero en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución (SSTS. 893/97 de 20.6, 1172/2005 de 11.10), por lo que ha de negarse eficacia o valor alguna a las decisiones implícitas que generen indefensión o inseguridad jurídica.

Condiciones éstas a las que debe añadirse que no sea factible reparar la infracción mediante la subsanación en trámite de casación a la falta de respuesta del Tribunal de instancia, a través de otros motivos de fondo aducidos en el recurso en los que se palee la cuestión silenciada y permita al Tribunal de casación pronunciarse sobre la misma (SSTS. 7.6.2002, 6.10.97, 23.3.96).

No otra cosa sucede en el caso que nos ocupa. La sentencia de instancia en relación al delito continuado de agresión sexual de los *arts. 179, 180-1, 3º y 4º CP. en el Fundamento de Derecho primero* , tras describir la conducta del acusado con el menor y destacar la especial vulnerabilidad de éste, que contaba **12** años de edad recién cumplidos, y la situación de especial superioridad de que se prevaleció aquél dada su condición de profesor, señala como el recurrente materializó y desarrolló de modo continuado tal situación, con mensajes telefónicos y aseveraciones que le hacía continuamente, amenazándole con contar todo a sus amigos, a sus padres o con mostrar las fotos que le había hecho desnudo al menor, imponiéndole incluso en esta situación de dominación que le denominara "padre (daddy)", y en el Fundamento de Derecho segundo, el dar credibilidad a la declaración del menor, insiste en que el acusado le acosaba constantemente exigiéndole mantener la relación, incluso esperándole en la puerta de su casa en una ocasión y no cesando de enviarle mensajes por el teléfono móvil (folio 7 y vto., folios 61 a 69), llegando al extremo de contestarle lo que el procesado quería oír, incluso llamarle padre, por miedo, pues en una ocasión que le mostró su desagrado por lo que estaba ocurriendo, el procesado le amenazó con divulgarlo todo entre sus familiares y amigos y enseñar fotos de él desnudo, todo ello para mantener una relación anormal por mas que el procesado, con animo de defenderse, la describa como una simple amistad.

Podrá cuestionarse si tal conducta puede configurar la intimidación requerida por el delito del *art. 179, agresión sexual lo que debería articularse vía infracción Ley , art. 849.1 LECrim* . o vulneración presunción de inocencia por inexistencia de prueba sobre como de los elementos del tipo, pero en modo alguno el vicio formal denunciado.

Y con respecto al delito de exhibicionismo y provocación sexual, *art. 186, consistente en la exhibición al menor de material pornográfico, en el Fundamento de Derecho primero* , es cierto que la Sala se limita a afirmar que concurren todos los requisitos del tipo penal, sin expresar las razones que le llevan a tal conclusión, pero también lo es que articulado dentro del motivo tercero, vulneración de *precepto constitucional, art. 24 CE., derecho a la tutela judicial efectiva, un subapartado 3º* por falta de motivación de la sentencia respecto a la condena por el delito de exhibicionismo, puede ser subsanada por esta Sala aquella falta de respuesta y pronunciarse sobre la misma.

CUARTO: El motivo tercero por vulneración de *precepto constitucional, art. 24 CE .*, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

En relación a la tutela judicial efectiva subdivide el motivo en tres apartados.

a) En primer lugar entiende producida vulneración del principio acusatorio en cuanto a la aplicación de la *agravante contemplada en el art. 180.1.4 CP* . que no fue objeto de imputación ni defensa por las partes tal como se recoge en la sentencia en su Antecedente de hecho tercero. "El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos sumariales como constitutivos de un delito continuado de agresión sexual.... previsto y penado en los *arts. 179, 180.1º, 3º y 5º* ... "La acusación particular calificó los hechos igual que el Ministerio Fiscal interesando las misma penas y medidas solicitadas por el mismo", y sin embargo la sentencia en el párrafo segundo de su Fundamento Derecho primero y en contra del principio acusado que impera en el Derecho Penal, condena al recurrente por un delito de agresión sexual del *art. 179 CP. con las agravantes 3ª y además 4ª del apartado 1 del art. 180* del mismo Texto legal, sin que esta ultima hubiese sido objeto de acusación.

Respecto a ésta impugnación, en las recientes sentencias 368/2007 de 9.5 y 279/2007 de 11.4 , recordábamos que el principio acusatorio, cuya violación se denuncia, exige, tal como decíamos en la STS.

3.6.2005 y conforme ha precisado el Tribunal Constitucional la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97). El T. S. por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que "el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse "(s. T.S. 7/12/96); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia (s. T.S. 15/7/91). "los hechos básicos de la acusación y constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa "(SS. T.S. 8/2/93, 5/2/94 Y 14/2/95). En suma, como se precisa en s. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado".

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal en una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión (SS. TC. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero). Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto -s. 44/83 de 24 de mayo- Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan -SS 14/86 de 12 noviembre, 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero - y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- s. 170/90 de 5 noviembre.- También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4/11/86, 21/4/87 Y 3/3/89 , teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuando han precluido sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias S.S.9/9/87,8/5/89,25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y1325/2001 de 5 julio , entre otras.

En el caso presente un examen de las diligencias, autorizada vía *art. 899 LECrim* . permite constatar que no se ha producido la vulneración del principio acusatorio denunciado, siendo un mero error material el que se contiene en el citado Antecedente de Hecho Tercero, por cuanto la acusación particular en su escrito de conclusiones provisionales calificó los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual de los *arts. 179, 180.1.3, 4 y 5 y 180.2 CP.* en relación con los *arts. 15 y 16 CP* ., describiendo en la narración fáctica que el acusado se prevalió de su especial posición de profesor de karate para ganarse la confianza del menor y de sus padres y someterle a conductas de vejación sexual durante un prolongado espacio de tiempo. Conclusiones que fueron elevadas a definitivas en el acto del juicio oral (folio 17 acta del juicio oral).

Consecuentemente la calificación jurídica realizada por la sentencia de instancia estaba amparada por la pretensión acusatoria ejercitada por la acusación particular, en cuanto a la concurrencia del subtipo agravado *nº 4 art. 180.1* (prevalimiento relación de superioridad), no produciéndose la vulneración denunciada.

QUINTO: En segundo lugar denuncia la vulneración del principio "non bis in idem", respecto de la *agravante del art. 180.1.3ª CP* . por cuanto en el presente caso la edad y la situación de la víctima constituye la base misma de la intimidación que solo tendría entidad suficiente para justificar el delito de agresión sexual, a la vista de la edad del menor, por esto que en otros supuestos, la misma no tendría

eficacia alguna sobre la víctima, e igualmente denunciado el error en la apreciación de la prueba por no ser los hechos subsumibles en el delito de agresión sexual, el derecho a la tutela judicial efectiva determina que esta Sala deba revisar la subsunción hecha por la Audiencia en su integridad.

Esta última impugnación deviene inaceptable.

En efecto, el delito de abusos sexuales tanto en su figura básica, *art. 181*, como en la cualificada del *art. 182* (acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal), atentan también a la libertad sexual de otra persona. De igual modo el sujeto activo y pasivo de la acción en ambos puede ser también hombre o mujer. El tipo penal es paralelo al de las agresiones sexuales *arts. 178 y 179*, se diferencian en no mediar violencia o intimidación, es decir, la acción típica ha de llevarse a cabo sin violencia o intimidación, es decir, la acción típica ha de llevarse a cabo sin violencia o intimidación ya que ésta es el elemento diferenciador con la agresión sexual, y además no ha de mediar consentimiento por parte de la víctima.

Por ello la Sala sentenciadora podría haber aplicado el tipo delictivo contemplado en el *art. 182*, como abuso sexual con penetración anal, definido en el mismo, si hubiera descartado cualquier situación de violencia o intimidación, dado que en razón de la edad del menor, cuando los hechos se iniciaron, su consentimiento aparecería como irrelevante, por debajo de los 13 años, desde la modificación Legislativa operada por LO. 11/99 de 30.4. No obstante al considerar la Sala concurrente la intimidación, el ataque sexual a menores de 13 años, debe integrarse en los tipos de los *arts. 178 y 179 CP*. con la agravante específica además del *art. 180.1.3* referente al caso de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, al ser ésta menor de 13 años en el momento en que los hechos se iniciaron.

Al respecto y en relación a la intimidación hemos señalado, STS. 1689/2003, que el *art. 178 CP*. que describe el tipo básico de las agresiones sexuales vincula la presencia de la violencia o intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecte al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual.

La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (S.S.T.S. de 05/04/00, 04 y 22/09/00, 09/11/00 o 25/01/02 y 01/07/02, 23/12/02). Es cierto que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. La S.T.S. 1259/04 expone que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrantamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción.

En el caso presente el relato histórico expresa como el acusado impartía clases de kárate en el Centro Aloha College SA. de Marbella, circunstancia que le brindaba la posibilidad de conocer y captar chicos jóvenes, cosa que hizo con el menor Donato, nacido el 31.5.1988, y al que, una vez cumplidos los doce años, empezó a atraerlo mediante el regalo de un teléfono móvil.... alegando en determinado momento a invitarle para que fuera a su casa.... a lo que el menor accedió. Una vez allí, el procesado, movido por torpes deseos, empezó con tocamientos íntimos al menor, obligándole a someterse a sus deseos con la advertencia de que si no lo hacía, lo iría divulgando y se lo contaría a sus amigos, sintiéndose el menor atemorizado, lo que aprovechó el procesado para penetrar analmente al menor, acto al que se sometió durante las semanas consecutivas al tiempo que le obligaba a hacerle felaciones y masturbaciones... todo ello con una frecuencia que llegó a ser de una vez por semana, siempre con la advertencia de divulgarlo y exhibir las fotografías del menor desnudo, que el procesado hizo al efecto....

Igualmente se señala el plazo de duración de la conducta del procesado (desde el momento en que el menor acababa de cumplir los **12** años de edad, 31.5.2000), hasta el 10.2.2005, y como durante dicho

tiempo "el procesado no ha cesado de mandar mensajes al teléfono móvil del menor, comunicándole unas veces y advirtiéndole con divulgarlo todo en otras, con la finalidad de tenerle sometido a sus más bajos instintos, llegando en una ocasión (a finales del año 2004), a apuntarle con una pistola, así como en otras ocasiones le dirigió gritos y gestos violentos, sintiéndose el menor vinculado a decirle lo que el procesado quería oír a fin de evitar que cumpliera el mismo sus advertencias".

De dicho relato histórico se desprende una situación intimidatoria producida por el procesado y ejecutada como medio comisivo de las penetraciones, logradas en virtud del tener producido en la víctima. En tal sentido debe significarse que la intimidación entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona, la valoración de su suficiencia debe hacerse atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso y entre ellas el grado de susceptibilidad de la víctima para ser amedrentada. Esta Sala ya dijo en STS. 22.5.98 , que la voluntad de los niños es mas fácil de someter y de ahí que amenazas que ante un adulto no tendrían eficacia intimidante si las adquieren frente a la voluntad de un menor.

En este supuesto la exigencia típica de la ausencia de valida voluntad por razón de la edad de la víctima, como es propia del abuso sexual, queda absorbida por la más grave del vencimiento de una voluntad contraria mediante su comportamiento amenazante, dotado en el caso concreto y por razón de la edad de la víctima, de suficiente eficacia intimidatoria.

Por ello el delito apreciable no sería el de abuso sexual del *art. 181 CP* . sino el de agresión sexual del *art. 178 y 179 CP* . (STS. 318/2001 de 23.4), criterio reiterado en sentencias 637/2005 de 15.5 , monitor de deportes que crea con niños que capta un grupo exotérico de culto al diablo, creando un clima de temor y miedo, que impide a los niños negarse a someterse a sus solicitudes sexuales, 224/2005 de 24.2, amenazar a niña menor de 13 años por su tío con pegarle al hermano de ésta o contar lo que hacia, si no se dejaba tocar en partes íntimas o penetrar analmente, lo que constituye intimidación suficiente para doblegar la voluntad de aquella.

SEXTO: Cuestión distinta es si, como pretende el recurrente, en el caso que examinamos, esa situación del menor constituye ingrediente fáctico para valorar y configurar la intensidad y existencia de la intimidación.

En este sentido el *art. 67 CP* . establece la prohibición de doble valoración de las circunstancias típicas en el momento de la individualización de la pena. La razón de este precepto es clara: cuando el legislador ha contemplado en la descripción típica una circunstancia determinada, también ha considerado su concurrencia al fijar la consecuencia jurídica del delito. En este punto la doctrina es prácticamente unánime. De la ratio legis del *art. 67 CP* . se deduce rápidamente que la edad de la víctima no es un elemento del tipo penal del *art. 179 CP* . En este sentido se debe señalar que, en principio, no es posible considerar que la edad de la víctima sea un elemento típico implícito en la violencia o en la intimidación. Sin embargo, cuando en el caso concreto la edad haya sido un elemento esencial, entre otros, que el tribunal "a quo" ha tenido en cuenta para establecer la intimidación, es preciso admitir que existe una vinculación tan estrecha entre el elemento típico y la circunstancia agravante que la situación es materialmente idéntica y una mera consideración de la edad como circunstancia agravante, vulneraría el principio de la prohibición de doble valoración de las circunstancias (STS. 507/98 de 8.5).

En definitiva, como recuerda la STS. 2012/2002 de 20.12 , ciertamente que la edad no es elemento del tipo del *art. 178* , por lo que no es aplicable al caso el *art. 67 CP* . pero ocurre que esa edad que tenían las víctimas constituyó el elemento esencial integrador de las correspondientes intimidaciones. La situación de intimidación creada en cada caso solo fue posible por la edad de las víctimas que se encontraban frente a un hombre adulto, solas con él en el interior de un ascensor. Sin la circunstancia de la edad no le habría sido posible al agresor crear esas situaciones de intimidación.

En el presente caso salvo la edad del menor cuando se iniciaron los hechos que se repitieron durante casi 5 años, esto es próximo a cumplir los 17 años, no existen datos en la sentencia que puedan justificar su especial vulnerabilidad, la relación profesor-alumno ha sido valorada para configurar el tipo agravado del *apartado 4 del art. 180.1 CP* . y la edad se ha utilizado para justificar la intimidación por parte del procesado en la advertencia por su parte de divulgar a sus pares y amigos lo sucedido, lo que unido a los gritos y gestos violentos doblegó su voluntad, lo que con casi seguridad no había sucedido de ser la víctima mayor de edad. Por ello si se vuelve a tener en cuenta esas condiciones personales del menor para la aplicación del tipo agravado del *art. 180.1.3* se está vulnerando lo dispuesto en el *art. 67 CP* . y se está valorando el mismo datos dos veces, con violación del principio non bis in idem (STS. 1697/2000 de 9.11). Criterio similar, edad tenida en cuenta para la falta de consentimiento (S. 1357/2005 de 14.11). Víctima que supera escasamente los 13 años, sola y a la que se amenaza con echar a su familia del piso que ocupan:

circunstancias tenida en cuenta para apreciar la intimidación (STS. 169/2006 de 8.2). Víctima de 13 años, al que se crea una situación de temor al ser descubierta dentro del colegio en horas no lectivas, es ese el elemento intimidatorio imprescindible para que nos hallamos ante un supuesto de agresión sexual: tipo ordinario (STS. 761/2004 de 17.6). Consecuentemente esta parte del motivo debe ser estimada y por tanto, no procede la aplicación del tipo agravado del *art. 180.3 CP* . con la consiguiente rectificación de la sentencia recurrida.

SÉPTIMO: Distinto pronunciamiento debe recaer respecto a la infracción del indicado principio en relación a la *agravante del art. 180.1.4 CP* .

En principio, deben encuadrarse en esta situación todos aquellos actos atentatorios a la libertad e indemnidad sexual cometidos mediante el abuso de una situación de superioridad, no siendo incompatible la agresión sexual violenta o intimidatoria con este subtipo agravado (STS. 1225/2004 de 27.10), pues propiamente no guarda relación con el consentimiento sino una relación especial entre agresor y víctima de la que se derivan situaciones de mayor antijuricidad y culpabilidad y una mayor facilidad en la ejecución, lo que puede determinar un menor contenido en la intimidación, precisamente por el aprovechamiento de aquella situación con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia. En todo caso, requiere una situación de prevalimiento no dirigido al consentimiento sino a la realización de la conducta típica, y el conocimiento por parte del sujeto activo de su existencia y el aprovechamiento de esa relación para la comisión de la agresión sexual con mayor facilidad.

En el caso presente fue precisamente la existencia de la relación tuitiva entre autor y víctima, profesor de kárate y alumno respectivamente, lo que posibilitó el acercamiento del recurrente, y determinó al menor a confiar en el primero quien, por su parte, era consciente de la relación y se aprovechó de la situación de superioridad sobre su víctima y de la facilitación para cometer el hecho que tal relación y cercanía le deparaban.

La impugnación debe por tanto, ser desestimada y apreciable dicha circunstancia puesto que, con independencia de la vulnerabilidad del menor ya considerada en el desvalor de la intimidación como medio de comisión, el acusado se aprovechó de que precisamente por ser profesor de aquél le era más fácil la relación con el menor, prevaleándose de esa posición dominante.

OCTAVO: En tercer lugar dentro de este motivo denuncia la ausencia de motivación respecto de la condena por el delito de exhibicionismo y de la fijación de la pena, al no expresar ni los motivos y pruebas que han llevado a la Sala a la decisión final y no razonar el por qué de la pena impuesta.

Ciertamente debe recordarse STS. 1192/2003 de 19.9 , el mandato del *artículo 120* de la Constitución acerca de la necesidad de que las sentencias estén siempre motivadas lo cual constituye, asimismo, una exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, proclamado en el *artículo 24.1 del mismo texto constitucional* . Motivación que viene impuesta para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que tan especialmente le afecta, así como para garantizar y facilitar el control que permite la revisión de la sentencia en otras instancias judiciales o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Así esta Sala, en las SS. de esta Sala 1182/97, 1366/97 y 744/2002 de 23.4 , por lo que se refiere específicamente a la sentencia, ha señalado que la motivación debe abarcar tres aspectos de la sentencia penal:

a) La fundamentación del relato fáctico que se declara probado con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene.

b) La fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas y;

c) La fundamentación de las consecuencias penales como civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas judiciales y de las consecuencias accesorias, *arts. 127 a 129 CP* . (SSTS. 14.5.98, 18.9.2001, 480/2002 de 15.3).

Por tanto, como dice la STS. 485/2003 de 5.4 las sentencias deben estar suficientemente motivadas no sólo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a cualquier punto jurídico del debate y de las peticiones de las partes, pues así lo exige el referido *artículo 120.3* de la Constitución y también el no hacerlo puede conllevar el defecto formal

contenido en el *artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , falta que tradicionalmente se ha denominado «incongruencia omisiva».

Finalmente, y como dice nuestra Sentencia 555/2003, de 16 de abril , el derecho a la tutela judicial efectiva, establecida en el *Art. 24.1 de la CE* , comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en Derecho de los Jueces y Tribunales, y exige que las sentencia expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además venía ya preceptuado en el *Art. 142 de la LECrim* , está prescrito por el *Art. 120.3º de la CE* , y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el *Art. 9.3º de la misma*. 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 determinada manera. En este mismo sentido, STC 57/2003, de 24 de marzo .

El incumplimiento de dicho deber o su cumplimiento defectuoso ya no sólo 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 pueda arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia, sino la absolución del inculpado (SSTC. 5/2000, 1391/2000, 149/2000, 202/2000).

En efecto este derecho del *Art. 24.1 CE* . integrado por el *Art. 120* de la misma, consagra constitucionalmente el derecho del justiciable a conocer el fundamento de las resoluciones jurídicas, de tal manera que la motivación de la sentencia es una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, teniendo el justiciable derecho a exigirlo (SSTS. 15.1.2002, 16.7.2004).

Tal motivación requiere del Tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios utilizados 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, permite 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.

Cuando se trata de la llamada motivación fáctica, recuerda la STS. 32/2000 de 19.1 , 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.

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

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".

Tutela judicial efectiva, que se instala en el ámbito propio de la mera legalidad, lo cual significa que tiene derecho a acudir a los Jueces y Tribunales para obtener la justicia que demanda, pero una decisión en cualquier sentido, clara y no vinculada necesariamente a la versión y criterio interesado de dicha parte, por lo que no equivale a que, en todo caso, la pretensión haya de ser atendida, cualquiera que sea la razón que asista al postulante. En esta dirección la sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19.5.2004 , recuerda que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye el derecho a acceder a Jueces y Tribunales, el derecho a obtener de ellos una resolución fundada en derecho, a su ejecución, y el derecho a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento previsto en la Ley, sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión (SSTS. 6.3 y 3.10.97).

NOVENO: En el caso presente hemos de partir de que el delito del *art. 186* castiga al que por

cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces.

Los requisitos que exige dicho tipo penal son los siguientes: a) la difusión, venta o exhibición de material calificable como pornográfico; b) la mecánica comisiva permite que tal conducta se realice por cualquier medio directo; c) que los destinatarios de la acción sean menores de edad o incapaces; y d) que la conducta sea dolosa o intencional, no exigiéndose, en cambio, un elemento subjetivo del injusto especialmente determinado, como atentar contra la formación o educación de los destinatarios, aunque tal finalidad esté ínsita en el reproche penal que fundamenta tal precepto.

En este sentido el bien jurídico protegido es la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores o incapaces, esto es un conglomerado de intereses y valores: La preocupación o interés porque los menores tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y sin bienestar psíquico, esto es el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad.

Ahora bien, como destaca la STS. 1553/2000 de 10.10 , la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los *artículos 186 y 189 del Código penal* . Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991 , llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el *art. 3.1 del Código Civil* , con relación al elemento intencional, el tipo penal, como ya hemos indicado, no exige un especial elemento subjetivo del injusto, sino sencillamente que concurra dolo o voluntad en la actuación, cualquiera que sea la motivación última que tuviere el autor al realizar la acción descrita en el tipo.

Pues bien en el supuesto que analizamos la sentencia de instancia se limita en su resultancia fáctica a recoger que el acusado "le exhibió alguna película pornográfica de la que disponía..." y en el Fundamento Jurídico primero, respecto del delito de exhibicionismo y provocación sexual y consistente en la exhibición al menor de material pornográfico a que "la Sala considera que concurren todos los requisitos del tipo penal".

Evidente resulta que los hechos relatados no proporcionan suficientes datos para ser encuadrados en el tipo penal del *art. 186* . así falta cualquier referencia al contenido de la cinta videográfica que permita su calificación como pornográfica y que pueda afectar, por tanto, al desarrollo de la personalidad del menor, que es la finalidad última que protege la norma penal y que se conecta con el bien jurídico.

El motivo, en este aspecto, debe ser estimado y absuelto el recurrente del delito *art. 186 CP* .

DECIMO: El apartado B del motivo denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por cuanto al examinar el hecho probado resulta carente de todo apoyo fáctico para establecer una condena por el delito de agresión sexual, al no precisar ni describir actos de fuerza o intimidación y utilizar expresión absolutamente inespecífica para relatar los actos de penetración anal.

El motivo debe ser desestimado.

Como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 753/2007 de 2.10, 672/2007 de 19.7 , cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

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, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, 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). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (*art. 9.1 CE*), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por **ejemplo**, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la reciente STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, *art. 24.2 CE* . "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su intima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el *art. 117.3 CE* . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la practica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94m, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006).

En el caso presente la sentencia de instancia, Fundamento Derecho segundo entiende acreditada la autoría del recurrente por la declaración de la víctima del hecho, Donato , que califica de firme y coherente con lo declarado en instrucción, congruente y serena que se vio corroborada por la testifical de Jose Francisco y al que contó todo lo sucedido, y la pericial forense de Don Jose Carlos y Miguel que si bien revelaron la ausencia de secuelas físicas en el menor cuando fue reconocido por ello, y la no evidencia de signos psíquicos traumáticos, sí apreciaron una personalidad dependiente y una total verosimilitud respecto de lo que relataba y ausencia de fabulación.

Prueba lícita y suficiente para enervar la presunción de inocencia.

En efecto la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del T.S. (SS. 706/2000 y 313/2002) como del TC. (SS. 201/89, 173/90, 229/91).

Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por si misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, esta sometida a la valoración del Tribunal sentenciador.

Así el Tribunal Supremo parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuidos a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

Así la s. Tribunal Supremo 30-1-99 destaca que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por si solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (SS. 28-1 y 15-12-95), bien entendido que cuando es la única prueba de cargo exige - como ha dicho la s. T.S. 29-4-97 - una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa, precisando la s. T.S. 29-4-99 con que no basta la mera afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, ya afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y esta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

Precisamente este entendimiento de la doctrina constitucional es lo que ha llevado al Tribunal Supremo cumpliendo su función nomofiláctica que no puede excluir de su campo de influencia una parcela tan primordial en el enjuiciamiento penal como es la de la valoración probatoria, a señalar en una reiterada jurisprudencia, cuales son los tres parámetros mínimos de contraste a los efectos de la valoración racional de la declaración del denunciante como prueba de cargo (SS. TS. 28-9-88, 5-6-92, 8-11-94, 11-10-95, 15-4-96, 30-9-98, 22-4-99, 26-4-2000, 18-7-2002).

También ha declarado el Tribunal Supremo, en muchas ocasiones - por ejemplo 29-12-97 - que la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito.

El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inicio el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado aún si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador.

Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien la acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no solo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose al grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan precisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario.

En consecuencia esta Sala ha señalado reiteradamente que aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1º) Ausencia de incredulidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2º) Verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio - declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso - sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (*arts. 109 y 110 LECrim* . en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

3º) Persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (SS. 28-9-88, 26-3 y 5-6-92, 8-11-94, 11-10-95, 13-4- 96).

Conviene precisar aquí, como se deduce de lo expuesto 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 testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa, dice la STS. 19.3.2003 que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor u víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad puede ocurrir que las declaraciones de ésta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias 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 aún teniendo esas características tienen solidez firmeza y veracidad objetiva.

Lo que importa es la razonabilidad de la convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en la sentencia condenatoria y el examen de tales tres elementos es sólo un método de trabajo que esta Sala viene mostrando como una posibilidad arraigada de las dificultades que con mucha frecuencia se encuentran los Tribunales en estos casos.

DECIMOPRIMERO: En el caso presente la declaración de la víctima aparece corroborada:

a) por la pericial forense en los extremos apuntados de su fiabilidad y ausencia de fabulación del testimonio del mismo. Es claro que un dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical (STS. 12.6.2003), pero puede constituir un valioso elemento complementario de valoración, como ha declarado esta Sala reiteradamente. Es decir la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la absolución o condena de un ciudadano compete constitucionalmente al Juez, Jurado o Tribunal sentenciador, con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes. Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quien los emite, opinión que no puede ciertamente, por sí misma desvirtuar la presunción constitucional de presunción de inocencia cuando el Tribunal o Jurado, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda, razonable (STS. 14.2.2002), pero a "sensu contrario" si pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas

b) por el testimonio del amigo de la víctima, testigo de referencia que puede ser valorado por la Sala. En este sentido testigo es una prueba física ajena al proceso y traída a él para que preste declaración sobre hechos pasados y relaciones para la averiguación y constancia de un delito, sus circunstancias y participación. Así las declaraciones testificales tanto en fase de investigación como cuando son verdadera prueba, no son sino el examen de una persona ajena al proceso que presta su declaración de conocimiento, en sentido más propio, refiere lo que ha percibido y proporciona al órgano jurisdiccional datos sobre acontecimientos relevantes para la investigación en un momento y para formar una convicción definitiva en el acto del juicio oral.

El testigo es un instrumento de prueba y siendo persona física es un instrumento vivo, inteligente y autónomo. Todo ello le hace superior a otros medios probatorios, pero a su vez adolece de la seguridad y precisión que reportan aquellos que han podido ser contrastados y sujetos a experiencias empíricas. Por tanto, debe tomarse tal como es, si bien para poder otorgarle valor, o más precisamente para valorarlo justamente, debemos averiguar todas las circunstancias que han influido en su adquisición de conocimiento

y también las que pueden afectar a su reproducción, lo que dará una pista de sus inexactitudes y apuntará sobre la confianza que debe merecer.

Ahora bien nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del testigo de referencia, al referirse el *art. 710 LECrim* ., siendo aquél la persona que no proporciona datos obtenidos por la percepción directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas.

Es cierto, que en general, toda testifical deber versar, en principio, sobre los hechos que son objeto de enjuiciamiento y no sobre el resultado de un medio de investigación o de prueba testifical pero ello no obsta, para que en el supuesto de que existiera controversia sobre la validez de un determinado medio de investigación o de prueba se practique prueba -incluso testifical- para poder tener elementos de juicio para resolver la cuestión: En otro orden, cuando la controversia puede versar sobre la credibilidad o fiabilidad de ciertos testigos, evidentemente se puede practicar prueba al respecto, y su alcance será solo tal controversia. Así el *art. 710 LECrim* . debería interpretarse como habilitación legal para dar relevancia al testigo de referencia, no para dilucidar el hecho que es objeto de enjuiciamiento, sino sobre la fiabilidad y credibilidad de un determinado testigo, por **ejemplo**, para valorar como corroboración periférica lo declarado por el testigo directo en caso en que la prueba de cargo se halle integrada sólo por la declaración de éste.

En definitiva las manifestaciones que realizó en su día la víctima o testigo directo de los hechos objeto de acusación debe ser necesariamente objeto de contradicción por el acusado o por su Letrado en el interrogatorio del juicio oral, y por ello no se puede inferir que el principio de inmediación permite sustituir un testigo directo por otro de referencia, pero no obstante la testifical de referencia si puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral. El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo -por **ejemplo** testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por **ejemplo**, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-.

Ello no obsta, tampoco, para que el testigo de referencia puede valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba.

En cuanto a la persistencia en la incriminación, la sentencia destaca y resulta la coherencia y congruencia de la declaración de la víctima en el juicio oral, con la prestada en la fase instructoria.

En consecuencia la concurrencia de esos tres parámetros mínimos de contraste jurisprudencialmente establecidos por esta Sala, como pautas lógicas y criterios orientativos para fundamentar un condena penal ha quedado constatada en este caso cumplidamente, pues el relato de la menor en lo esencial fue lógico, persistente y verosímil y corroborado objetivamente por otros datos. La continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpativos no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones.

En definitiva ha existido prueba de cargo utilizada en la sentencia para condenar (prueba existente); tal prueba fue traída al proceso con observancia de las normas legales y constitucionales, y fue practicada en el plenario con las garantías propias de este acto solemne (prueba lícita); y ha de considerarse bastante para justificar en el aspecto fáctico la condena aquí recurrida, como se acaba de exponer a propósito en la prueba practicada sobre la forma en que ocurrieron los hechos (prueba razonablemente suficiente).

Verificada la racionalidad de lo resuelto por el Tribunal sentenciador y la existencia de prueba de cargo que desvirtúa la presunción de inocencia, el motivo ha de ser desestimado.

RECURSO INTERPUESTO POR ALOHA COLLEGE

DECIMOSEGUNDO: No obstante haber sido articulado en segundo lugar, procede analizar con carácter prioritario el motivo por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim., por infracción del *art. 120.3 CP* . por cuanto no se ha probado ninguna relación laboral, ni anterior, ni concurrente con los hechos imputados, ni por vía documental, ni testifical; el acusado daba clases de karate en el colegio como mera actividad

extraescolar, los padres le abonaban directamente a él y no pagaba nada por la utilización del recinto y ninguno de los actos ilícitos que se le imputan fueron cometidos en el centro escolar.

El motivo debe ser estimado.

Aunque la Sala sentenciadora debió concretar cuál fue el *precepto aplicado*, si el nº 3 ó el 4 del mencionado *art. 120 CP* ., es lo cierto que la responsabilidad civil subsidiaria del Centro Aloha College SA. debe, en todo caso derivarse al número 4, pues el tercero se refiere a personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidas en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción, y si bien la tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria, se marcan dos ejes en su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical), y la infracción de normas o disposiciones de autoridad que estén relacionados causalmente con su misma comisión. Y en el caso presente en el relato histórico no se afirma agresión sexual alguna que tuviese lugar en las instalaciones del Centro, sino por el contrario que los hechos se cometían en el domicilio del procesado sito en la URBANIZACIÓN000 NUM000 , nº NUM001 .

Y respecto a la responsabilidad civil subsidiaria residenciada en el *nº 4 del art. 120* , éste precepto declara que son también responsables civiles, en defecto de los que lo sean criminalmente: "las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios".

La jurisprudencia de esta Sala para que proceda declarar la responsabilidad civil subsidiaria en este caso, requiere de un lado, que entre el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallan ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica, de su principal, o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice, cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y de otro lado que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad, cometido a tener, confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación.

Estos requisitos, dada la naturaleza jurídica privada de la responsabilidad civil, admite una interpretación extensiva, que no aparece limitada por los principios "in dubio pro reo" ni por la presunción de inocencia, propios de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito, la dependencia, se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito, y en el de la funcionalidad, la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extravase el ámbito o esfera de actuación que constituye entre el responsable penal y el civil subsidiario.

Como señalaba esta Sala en sentencia 1557/2002 "extralimitaciones siempre hay cuando se cometen infracciones penales", idea que viene pretendiéndose en las SS. 1491/2000, 1561/2002 y 1372/2003 entre otras muchas. En efecto son muy frecuentes las resoluciones del Tribunal Supremo que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria o vulnerando normas legales o reglamentarias.

Pero es más, el requisito exigido para la aplicación de este *art. 120.4 CP* . nada tiene que ver con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida se contrae a que el responsable penal ha de haber actuado con cierta dependencia en relación a la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones.

Pero también debe descartarse que el empresario deba responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan relación con su trabajo. Relación que según los casos habría que atender al dato espacial (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa); temporal (en el horario o tiempo de trabajo); instrumental (con medios de la empresa); formal (con uniforme de la empresa); o final (la actividad delictiva se orienta al beneficio de la empresa).

DECIMOTERCERO: En el caso presente, la vía casacional del *art. 849.1 LECrim* ., obliga a respetar el relato de hechos probados, en el que se afirma que "el procesado impartía clases de kárate en el Centro Aloha College SA., circunstancia que brindaba al procesado la posibilidad de conocer y captar a chicos jóvenes, cosa que hizo con el menor Donato", pronunciamiento fáctico que es reiterado en el Fundamento de Derecho tercero, al considerar probado en base a las declaraciones del propio procesado y de la Directora del Centro que aquél impartía clases de kárate en el Centro, consintiendo y tolerándolo la dirección, a cambio de ayudar al profesor de Educación Física, siendo precisamente esa presencia y actividad tolerada en el Centro la que permitió al procesado conocer, abordar y abusar del entonces menor y víctima del hecho.

En estas circunstancias no puede sostenerse que el procesado realizara una actividad ajena al Centro ni que estuviera desvinculado laboralmente de la institución con independencia de que fuera de forma gratuita, esporádica o meramente circunstancial, realizando su labor, misión o actividad con la aquiescencia del responsable civil subsidiario.

Ahora bien estas circunstancias que desde el prisma del responsable penal han sido valoradas para la apreciación de la agravación prevista en el *art. 180.1.4 CP* . en cuanto aquél se prevalió de las mismas para la más fácil ejecución de la actividad delictiva, no son suficientes para generar la responsabilidad civil subsidiaria del Centro Escolar en hechos no acaecidos en sus instalaciones, y sin que la conducta objeto de sanción guarde relación alguna con el cometido concreto de la actividad laboral.

En efecto en la sentencia de instancia no se hace referencia a en qué consistió la falta de diligencia del Centro en la elección del acusado como profesor, ni qué medidas especiales de vigilancia pudo emplear para vigilar su actuación fuera del Centro y de su horario laboral, y a análoga conclusión llegaríamos desde el plano de la imputación objetiva en el que deberíamos comprobar si la acción del Centro ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y este resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro -jurídicamente desaprobado- creado por la acción, pudiéndose apreciar que la creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trata de riesgos permitidos, y que en general es posible afirmar que sin causalidad -en el sentido de una Ley natural de causalidad- no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural.

De esta manera, solo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro.

Condicionamientos que no son de apreciar en el caso enjuiciado. La actuación del recurrente Centro Aloha College SA. de Marbella, se limitó a consentir que el responsable penal impartiera clases de karate en el colegio, sin que conste percibiera del Centro remuneración alguna -al parecer los alumnos le abonaban directamente el importe de las clases- a cambio de ayudar al profesor de Educación Física, conducta que en modo alguno supone citar una situación de peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, habiendo el procesado llevado a cabo los delitos contra la libertad sexual, sin ninguna relación con el desempeño de sus obligaciones y servicios en un lugar; el propio domicilio de éste, totalmente ajeno a las posibilidades de control y vigilancia del declarado responsable civil subsidiario.

En consecuencia procede, como ya se adelantó, la estimación del motivo, pronunciamiento que hace innecesario el análisis de los restantes motivos del recurso articulados por el responsable civil subsidiario por infracción de precepto constitucional, infracción de Ley y quebrantamiento de forma.

DECIMOCUARTO: Que estimándose parcialmente el recurso interpuesto por Jose Pablo con declaración de oficio de 1/3 costas; y estimándose el planteado por el responsable civil subsidiario, se declaran de oficio las costas causadas en su tramitación, *art. 901 LECrim* .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Jose Pablo , con parcial estimación del motivo tercero, y haber lugar al recurso de casación interpuesto por el responsable civil subsidiario Centro Aloha College SA. contra sentencia de 27 de abril de 2007, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava. causa seguida por delitos de agresión sexual y exhibicionismo y en su virtud, casamos y anulamos dicha resolución, dictando a continuación segunda sentencia más acorde a derecho, con declaración de oficio de las costas., que les condenó como autores de un delito de robo con violencia, detención ilegal y lesiones; y condenamos a los recurrentes al pago de las

costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Comuníquese 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.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Enrique Bacigalupo Zapater D. Andrés Martínez Arrieta D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. José Antonio Martín Pallín

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Febrero de dos mil ocho.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Marbella, Sumario número 1 de 2005, y seguida ante la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 8ª, por delito de agresiones sexuales, contra Jose Pablo , con NIE NUM002 y pasaporte del Reino Unido número NUM003 , natural de Slough (Reino Unido), vecino de Málaga, hijo de Jerry y de Nicki, de estado no consta, de 48 años de edad, de profesión profesor de karate, con instrucción, sin antecedentes penales en España, de ignorada conducta, declarado insolvente por auto de 21.09.06 y en prisión provisional, privado de libertad por esta causa desde el 14.2.2005 al 19.2.2007; y desde el día 23.4.2007; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluyendo los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Tal como se ha explicitado en los Fundamentos de Derecho octavo y noveno el relato fáctico no proporciona datos suficientes para estimar concurrentes los elementos constitutivos del delito del *art. 186 CP.*, procediendo la absolución del acusado.

Segundo: Conforme lo razonado en el Fundamento de Derecho sexto de la sentencia precedente, no concurre la agravación prevista en el *art. 180.1.3*, al ser esa especial situación de la víctima, conforme al *art. 67 CP.*, uno de los elementos que permiten configurar la existencia de la intimidación de los *arts. 178 y 179 CP.*

Tercero: En orden a la necesaria individualización de la pena, el *art. 180.1* prevé una penalidad de **12** a 15 años sí concurre alguna de las circunstancias que enumera. En este caso el numero 4. Como nos encontramos ante un delito continuado, el *art. 74.1* la pena ha de ser impuesta en su mitad superior, por lo que la fijada en la sentencia impugnada 13 años y 6 meses ha de ser mantenida, al constituir la mínima legalmente imponible.

Cuarto: De acuerdo con lo razonado en los Fundamentos 12º y 13º procede dejar sin efecto la responsabilidad civil subsidiaria del Centro Aloha College SA.

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 8ª de fecha 27 de abril de 2007 , debemos modificar la misma en el sentido de no estimar concurrente el subtipo agravado de ser la víctima especialmente vulnerable en el delito consumado de agresión sexual, manteniendo la pena impuesta 13 años y 6 meses prisión.

Absolver al acusado Jose Pablo del delito de exhibicionismo con declaración de oficio de 1/3 costas.

Dejar sin efecto la responsabilidad civil subsidiaria del Centro Aloha College SA.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Enrique Bacigalupo Zapater D. Andrés Martínez Arrieta D. Miguel Colmenero

Menéndez de Lúcar D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. José Antonio Martín Pallín

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.