

Id Cendoj: 28079120012007100637
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 10105/2007
 Nº de Resolución: 673/2007
 Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
 Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x AGRESIÓN SEXUAL CON ARMAS x
- x DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL x
- x ACCESO CARNAL x
- x PRESUNCIÓN DE INOCENCIA x
- x RECONOCIMIENTO EN RUEDA x
- x TESTIGO DE REFERENCIA x
- x DECLARACIÓN DEL MENOR x
- x PRUEBA TESTIFICAL x
- x PIEZAS DE CONVICCIÓN x
- x CUESTIÓN NUEVA (RECURSO DE CASACIÓN PENAL) x
- x DENEGACIÓN DE PRUEBA PERTINENTE x
- x FALTA DE LESIONES x
- x AMENAZAS x
- x PRUEBA DE CARGO x

Resumen:

Delitos de agresión sexual, robo y lesiones. Presunción de inocencia e "in dubio pro reo": Distinción. Identificación espontánea en la calle, fotográfica y en rueda, Testimonio de menores de edad: aptitud para enervar la presunción de inocencia. Colocación de un biombo sin protesta de las partes. Falta de piezas de convicción en el plenario sin ser solicitadas por la defensa. Penetración anal y bucal en el delito de violación: consumación. Las amenazas se subsumen en la intimidación de la violación y el robo. Utilización armas o medios peligrosos en la agresión sexual: criterio restrictivo; no basta la simple exhibición inicial. Lesiones y violación: doctrina de la Sala 2ª TS: Se subsumen si son consecuencia necesaria de la violación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Julio de dos mil siete.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, vulneración de precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Jose Augusto , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 4, que condenó al acusado, por un delito de agresión sexual, robo y lesiones; 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 Alfredo y Evaristo , estando representados por el Procurador Sr. Alvarez Vicario, y dicho recurrente representado por el Procurador Sra. San Lorenzo Serna.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 48 de Madrid, instruyó sumario con el número 6 de 2005, contra Jose Augusto , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección 4ª, con fecha 24 de noviembre de 2006, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- Se declara probado que el día 16 de abril de 2004 , sobre las 7'50 horas, el acusado Jose Augusto , armado con un palo que esgrimía amenazadoramente y provisto de una navaja, abordó a los hermanos Alfredo y Evaristo , cuando se dirigían al colegio Nuestra Señora de la Vega, pidiéndoles dinero.

Nada pudieron darle porque nada llevaban, ante lo cual el acusado primero registró sus mochilas y después les obligó a seguirle, conduciéndoles hasta un descampado próximo al parque Rodríguez Sahagún. En ese lugar y tras mostrarles la navaja, el acusado forzó a los menores a mantener relaciones sexuales completas, penetrando en dos ocasiones analmente a cada uno de ellos y obligándoles a que le realizasen una felación.

Sólo ante la insistencia de los hermanos que le ofrecieron dinero para que cesase la agresión, hasta seiscientos euros, el acusado les dejó marchar, no sin antes apoderarse del chaleco que llevaba Alfredo .

Ambos hermanos resultaron con lesiones (erosiones superficiales y hematomas en el ano) de las que curaron tras ser reconocidos y sin tratamiento médico.

El valor del chaleco sustraído asciende a cuarenta y dos euros.

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

FALLO: CONDENAR al acusado Jose Augusto como autor de dos delitos de violación (*arts. 179 y 180 5 CP*) a la pena de catorce años de prisión por cada uno de lo ellos con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena.

Condenar al acusado Jose Augusto como autor de un delito de robo (*art. 242 CP*) a la pena de tres años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Condenar al acusado Jose Augusto como autor de sendas faltas de lesiones (*art. 617. CP*) a la pena de nueve días de localización permanente por cada uno de ellos.

El acusado indemnizará a Alfredo y Evaristo con la suma de setenta mil euros, a cada uno de ellos, por los perjuicios causados y se hará cargo de las costas causadas por este juicio incluidas las de la acusación particular.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, vulneración de precepto constitucional e infracción de Ley, por Jose Augusto , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

PRIMERO y SEGUNDO.- Al amparo del *art. 5.4 LOPJ* . por infracción del *art. 24.2 CE* .

TERCERO (cuarto del recurrente).- Al amparo del *art. 5.4 LOPJ* . por infracción del *art. 24.2 CE* .

CUARTO.- (quinto del recurrente).- Al amparo del *art. 851.1 LECrim* .

QUINTO (sexto del recurrente).- Al amparo del *art. 850.3 LECrim* .

SEXTO (séptimo del recurrente).- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por infracción del *art. 179 CP* .

SEPTIMO (octavo del recurrente).- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por infracción del *art. 180.5 CP* .

OCTAVO (noveno del recurrente).- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por aplicación indebida del *art. 242 CP* .

NOVENO.- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por infracción del *art. 617 CP* .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de

vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo 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 once de julio de dos mil siete.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo primero por vulneración de *precepto constitucional*, *art. 24.2 CE*., al amparo de lo dispuesto en el *art. 5.4 LOPJ*. por entender que no se ha desplegado una actividad probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente, existiendo prueba que demuestra que cuando tuvieron lugar los hechos denunciados por los menores aquél se encontraba en otro lugar y en compañía de terceras personas, tratándose de una prueba cuya veracidad ha creado dudas al Tribunal, que han sido resueltas en el sentido más desfavorable al reo.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar que al ser la Constitución norma jurídica suprema de aplicación directa e inmediata (máxime en materia de derechos y garantías fundamentales) obliga a los distintos órganos de jurisdicción ordinaria a reinterpretar, conforme al principio de constitucionalidad de las normas jurídicas, los preceptos que afecten o pueden afectar a la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia, de modo que aquellos preceptos resulten compatibles con aquella Super Ley, por tanto, atendiendo el derecho constitucional ala presunción de inocencia presente en el *art. 24.2 CE*, se impone reinterpretar el "dogma" de la libre valoración con las pautas ofrecidas por el Tribunal Constitucional, singularmente en la ya histórica sentencia de 27.8.81, complementada en la de 26.7.82, lo que en definitiva, impone un modelo constitucional de valoración de la prueba e implica que para que se de un Fallo condenatorio es preciso deslindar como fases perfectamente diferenciadas dentro del proceso de análisis de las diligencias, las dos siguientes:

1.ª) Una primera de carácter objetivo que podría calificar de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:

a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas; y

b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo.

2.ª) Una segunda fase de carácter predominante subjetivo, para la que habría que reservar «*strictu sensu*» la denominación usual de «valoración del resultado o contenido integral de la prueba», ponderado en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.

En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio «*in dubio pro reo*». Así, la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone (ver STC 31 mayo 1985) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien la mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo, y por su parte, el principio «*in dubio pro reo*», presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal a quien compete su valoración en conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (*art. 741 LECrim*). La importancia de esta distinción es fundamental en la práctica dado que al juzgador de instancia compete realizar en toda su extensión el íntegro proceso de análisis de las diligencias probatorias practicadas comprensivo, por tanto, de las dos fases indicadas. De igual manera estimamos obvio afirmar que compete al Tribunal de la apelación, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, concretar si en las resoluciones judiciales impugnadas se ha realizado escrupulosamente el análisis o examen que aquella primera fase «objetiva» impone, y en caso negativo es de su propia incumbencia el corregir los posibles errores judiciales que se hayan cometido, con las diversas consecuencias jurídicas inherentes en una y otra forma de control. Ello es aplicación ineludible del derecho constitucional a la presunción de inocencia, como asimismo el escrupuloso respeto por el Juzgador de instancia de tal principio, debe llevar a éste, cuando de tal examen resultare la inexistencia de «pruebas de cargo» obtenidas con las garantías procesales, a la libre absolución del acusado. No hacerlo así sería un «error judicial» revisable por las vías indicadas. Sin embargo, respecto de la segunda fase, dentro de lo que

hemos calificado como predominantemente subjetiva, en la que el Juez de instancia valora el resultado de la prueba, ponderando en conciencia los distintos elementos probatorios presentes en las actuaciones y formando ya en base a tales datos objetivos libremente su convicción, con la importante precisión de que también en esta segunda fase sigue operando, respecto del juzgador de instancia, el derecho constitucional analizado, pero ahora ya con la clásica formulación de «in dubio pro reo».

En este sentido habrá que señalar que dicho principio es una condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso (sTC. 44/89) de forma que si no es plena la convicción judicial se impone el fallo absolutorio.

Por tanto debe distinguirse el principio "in dubio pro reo" de la presunción de inocencia. Esta supone el derecho constitucional imperativo de carácter público, que ampara al acusado cuando no existe actividad probatoria en su contra y aquel es un criterio interpretativo, tanto en la norma como de la resultancia procesal a aplicar en la función valorativa, o lo que es lo mismo, si a pesar de toda la actividad probatoria, no le es dable al Tribunal subsumir los hechos acaecidos en el precepto, no queda convencido de la concurrencia de los presupuestos negativos y positivos del juicio de imputación el proceso penal debe concluirse, por razones de seguridad jurídica, con una declaración negativa de culpabilidad, al ser menos gravoso a las estructuras sociales de un país la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente (sTS. 20.3.91).

Es decir, que la significación del principio "in dubio pro reo" en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación dirigida al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal (sTS. 15.5.93 y 30.10.95) por lo que resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el *art. 741 LECrim* ., llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de un bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones incriminatorias llevadas a la resolución. Como precisa la sTS. 27.4.98 el principio "in dubio pro reo", no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido incriminatorio, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez, esto es, en las condiciones de un proceso justo.

En definitiva, a pesar de la íntima relación que guardan el derecho de presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio in dubio pro reo solo entra en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia.

Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (ssTS. 1.3.93, 5.12.2000, 20.3.2002, 18.1.2002, 25.4.2003). Por ello no puede equipararse la duda externamente derivada de existir dos versiones contrapuestas -como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole- a la que nazca en el ánimo del Juez, cuando oídas por el directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que solo y exclusivamente en ese momento decisivo debe atenderse al principio pro reo, inoperante cuando el Juez ha quedado convencido de la mayor veracidad de una de las versiones, es decir, que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuente en el proceso penal, el Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad de lo denunciado cual acontece en el caso que nos ocupa.

Y en cuanto a la presunción de inocencia cuando en esta vía casacional se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala, decíamos en STS. 1064/2005 de 20.9 , no puede consistir en realizar una valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa, pero sí 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, inmediatez 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 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. 2004 de 9.3).

De ahí que sea preciso insistir en que el juicio sobre la prueba practicada en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Por el contrario tiene dicho esta Sala que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia.

En definitiva, la presunción de inocencia no debe confundirse con la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador, pues como precisaron la STC. 36/86 y el auto 338/83 : "cuando en la instancia judicial se produce una actividad probatoria y el resultado de tal actividad es apreciado por el órgano judicial en uso de su libertad de apreciación, como expresivo de la culpabilidad del antes presuntamente inocente, no puede entenderse vulnerado tal derecho, pues la presunción que solo lo es con el carácter de iuris tantum, queda destruida por la prueba apreciada libremente por el juzgador...". ciertamente, lo que ocurre en este supuesto no es otra cosa que la simple disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador que, en uso de la función que le atribuye el *art. 741 LECrim* . y en consonancia con la misión jurisdiccional atribuida por el *art. 117.3 CE* ., no hace sino asumir su propia competencia, quedado ésta extramuros de la propia del Tribunal Constitucional, y el auto 338/83 , reiterando la misma doctrina, señala que no equivale (el derecho a la presunción de inocencia) a que en cualquier caso y situación el Tribunal Constitucional pueda valorar pruebas efectivamente practicadas, primando unas o menospreciando otras, hasta concluir un pronunciamiento concordante o dispar del aceptado por el Tribunal de lo Penal, ya que ello es atribución privativa de éste por mandato *ex art. 741 LECrim* . y esta vía constitucional ha de mantenerse distante de una nueva instancia o revisión de lo tratado y resuelto por la jurisdicción ordinaria.

En igual sentido la STC. 205/98 de 26.10 , recuerda que cuando lo que se denuncia no es la ausencia de actividad probatoria, sino la discrepancia con la valoración que se ha hecho de la misma, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia pues "no corresponde a este Tribunal revisar la valoración y apreciación que de las pruebas practicadas hacen los órganos judiciales una vez verificada, como ocurre en este caso, la existencia de la actividad probatoria directa respecto de los hechos objeto de condena y de la participación del condenado en los mismos (entre otras SSTC. 17/84, 150/89, 82/92, 70/94 y 82/95), y no se olvide que la posición de esta Sala al examinar la supuesta infracción de la presunción de inocencia, como precepto constitucional es similar a la del Tribunal Constitucional.

SEGUNDO: En el caso presente la sentencia de instancia para entender probados los hechos denunciados tiene en cuenta, fundamentalmente, las declaraciones de los menores corroboradas por otros datos objetivos como son el hallazgo por la policía en el lugar del hecho del palo con el que los menores fueron intimidados; la existencia de diversas lesiones (leves escoriaciones anales) compatibles con la agresión denunciada) y, finalmente, la alteración y el estado de agitación que tenían los menores al relatar los hechos a los responsables del centro; y en cuanto a la atribución de su relación al hoy recurrente, tiene en cuenta los sucesivos reconocimientos que de su persona han realizado los dos menores y el grado de coincidencia ente la descripción que hacen éstos al interponer la denuncia y las características físicas del recurrente, detenido un año después, llegando a la conclusión que tal identificación es totalmente fiable, y por el contrario, no lo es la coartada ofrecida por la amiga del acusado que la Sala considerarla que o bien ha mentido o simplemente es el resultado de un error al declarar sobre unos hechos después de haber pasado varios años y confundir el día que estuvo con el acusado o las horas en las que permanecieron

juntos consecuentemente no es que el Tribunal haya tenido dudas sobre la participación del recurrente en los hechos enjuiciados, sino que se limita a intentar explicar las causas del error de aquella testigo, cuyo testimonio descarta.

Siendo así no puede entenderse producida infracción del principio pro reo, que sólo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelta en contra del acusado (SSTS. 1125/2001 de 12.7, 2295/2001 de 4.12, 479/2003 de 31.3, 836/2004 de 5.7, 1061/2004 de 28.9), por **ejemplo** si toda la prueba la constituye un sólo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio, si el Tribunal a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiera condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.

Supuesto que no es el presente, por lo que el motivo debe desestimarse.

TERCERO: El motivo segundo por vulneración de *precepto constitucional*, art. 24.2 CE ., al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ ., por entender que no se ha desplegado una actividad probatoria suficiente a fin de poder desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente, en cuanto a la comisión por su parte de los delitos de agresión sexual por los que ha sido condenado.

En el desarrollo del motivo se cuestiona, en primer lugar, la participación del recurrente en los hechos, impugnando la identificación que los denunciantes realizaron, primero, en la calle, y posteriormente, fotográfica en Comisaría y en rueda de reconocimiento en el Juzgado de instrucción, añadiendo que la declaración prestada por ambos menores en el acto del juicio vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, al colocarse un biombo, para que no pudieran ser vistos por el acusado, sin que existiera un previo informe pericial que acreditase su necesidad, ni resolución fundada de la Sala en la que se expresaran los motivos de tal necesidad, y en todo caso, la única identificación que hubiera tenido validez, que sería la practicada en el acto del juicio con respeto a los principios de oralidad, intermediación y contradicción, no fue llevada a cabo; y la coincidencia que, según la sentencia, se da entre la descripción que hicieron los menores al interponer la denuncia y las características físicas de la persona detenida un año después en relación a que el agresor tenía el paleta izquierdo roto o con un empaste; y en segundo lugar, la realidad de los propios hechos, por entender que las declaraciones de los menores no han sido pormenorizadas ni coincidente entre lo declarado en la denuncia y posteriormente en el juzgado y en el acto del juicio, en relación a número de penetraciones anales y felaciones, orden de las mismas, amenaza con la navaja; que se ha producido otra vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto el palo, que sirve a la Sala para reforzar la credibilidad de los testimonios de los menores, no fue entregado por la Policía al Juzgado, ni en el acto del juicio se encontraba a disposición de las partes; y que las lesiones, conforme a los informes médicos obrantes en la causa no son específicas de una penetración anal.

Respecto a las irregularidades que se dicen cometidas en la identificación del recurrente, debemos destacar:

a) Existen dos identificaciones por parte de los menores del acusado, ver folio 66, en las que ambos reconocieron en la calle al acusado y avisaron a la Policía identificaciones directas y espontaneas que fueron reiteradas en un segundo reconocimiento, también en la calle, por parte de uno de ellos Evaristo , el día 18.4.2003.

b) En segundo lugar los dos menores en Comisaría identificaron fotográficamente al acusado (folios 72 a 82) sin que se advirtiera el menor indicio la irregularidad.

Esta Sala en relación a los reconocimientos fotográficos hechos por la Policía judicial tiene dicho reiteradamente:

1º. Que por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia. Puede tener tal eficacia cuando el testigo o los funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento que se hizo en su día.

2º. Son meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible porque no hay otro medio de obtener una pista que pueda conducir a la identificación el criminal.

3º. La policía procurará no acudir al reconocimiento fotográfico cuando ya ha sido identificado el sospechoso y, por tanto, se puede acudir directamente a la identificación mediante el procedimiento de la

rueda judicial regulado en los arts. 368 y ss. LECr.

4º. No obstante, aunque se hubiera practicado el reconocimiento fotográfico antes de tal rueda judicial, incluso en aquellos casos en que existiera una previa identificación del sospechoso, tal reconocimiento fotográfico no priva de validez a las demás diligencias sumariales o pruebas del juicio oral que pudieran practicarse sobre el mismo dato de esa identificación.

Veáanse en este sentido, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 26.12.1990, 1500/1992, 1162/97. 140/2000, 1638/2001, 683/2002, 486/2003, 1353/2005).

c) En tercer lugar reconocimiento en rueda ante el Juez Instructor y Secretario judicial con presencia del abogado defensor, que no formuló reclamación alguna en el que los dos menores reconocieron al acusado sin ningún genero de dudas (folios 134 y 135).

Pues bien en cuanto al reconocimiento en rueda esta Sala tiene declarado que es una diligencia esencial pero no inexcusable. Supone un medio de identificación, no exclusivo ni excluyente, destinado y dirigido a la nominación y concreción de la persona supuestamente responsable de todo delito investigado, diligencia evidentemente inidónea en el plenario porque su ejecución sería ya imposible. Es pues una actividad probatoria de la fase instructora, por lo que los defectos graves con que la misma se haya desarrollado en su inicio, difícilmente pueden ser subsanados ya con posterioridad precisamente porque en su esencia es una prueba anticipada (STS.500/2004 de 2.4).

En primer lugar, lo que ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo es que el reconocimiento en rueda constituye en línea de principio una diligencia específica sumarial de difícil práctica en las sesiones del juicio oral por resultar atípica e inidónea (STS. 1531/99), pero no que el testigo no pueda reconocer a la víctima directamente en el Plenario e inmediatamente a presencia del Tribunal, de forma que incluso un reconocimiento dudoso en fase sumarial puede ser subsanado mediante uno inequívoco en el Plenario o viceversa cuando en la fase de instrucción se ha producido una rueda de reconocimiento con todas las formalidades legales y el reconociente no ha admitido dudas sobre la identidad del reconocido y en el Plenario las suscita, el Tribunal, previa introducción de dicha diligencia en el juicio oral, puede acoger la que le ofrezca mayor verosimilitud.

Por otra parte, mediante el reconocimiento en rueda se pretende la averiguación de la verdad a medio de la identificación del acusado siempre que previamente se ofrezcan dudas de cualquier entidad, de donde se sigue que si no se plantean éstas no es una diligencia preceptiva.

También ha señalado la Jurisprudencia (S.T.S. 1230/99) que la prueba sobre el reconocimiento no la constituye la diligencia practicada en el sumario, sino el testimonio del identificador en el Plenario ante el Tribunal de instancia, añadiendo que la diligencia de reconocimiento en rueda, aún cuando se practique a presencia del Juez de Instrucción, del Secretario y del Letrado de la defensa, no pasa de ser una diligencia sumarial, pero para que la identificación efectuada en la misma adquiera la condición de prueba de cargo es necesario que, comparecido al juicio oral el reconociente y a presencia del Tribunal, pueda ser sometido al interrogatorio de las partes sobre dicha identificación (STS. 28.11.2003).

No otra cosa aconteció en el caso en el que los dos menores comparecieron al juicio oral y si bien en dicho momento no se practicó esa identificación visual del acusado, si ratificaron los anteriores reconocimientos.

d) Y por ultimo, como dato corroborador de los anteriores reconocimientos, y pese a los esfuerzos dialécticos del recurrente en orden a sí el defecto en los dientes del agresor estaba en la paleta y en el colmillo derechos, el dato objetivo de que la afirmación de aquellos -o al menos de uno de ellos- de que el agresor tenía el paleta izquierdo roto o con un empaste, fue constatado primero por el propio Tribunal y después por dos médicos, dado que su diente izquierdo presentaba una diferencia de color, que, según el medico forense de la Audiencia respondía a una reconstrucción que ocupaba los dos tercios superiores del diente, con un color más amarillento.

CUARTO: Consecuentemente ha existido prueba suficiente en orden a la identificación del acusado como autor de los hechos, sin que la impugnación relativa a la colocación del biombo en el juicio oral cuando declararon los dos menores para evitar su confrontación directa con el acusado, puede tener favorable acogida en orden a suponer vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

a) En primer lugar, los principios de protección del menor víctima han sido ya recibidos en nuestro

ordenamiento jurídico, de modo que sea compatible su testimonio directo con la preservación de su privacidad y disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la revictimación o victimación secundaria que todo proceso lleva consigo (STS. 332/2006 de 14.3).

Así, la LO 19/94, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales establece ya una serie de medidas entre las que se cuenta (art. 2.b) la utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

Y la *Ley 35/95, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual*, prescribe (art. 15.3) que en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

Y el mismo texto añade que (art. 15.5) el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal.

La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que, es desarrollo tanto del art. 39.4 CE como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2, como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, "la supremacía del interés del menor" y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal" y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección "se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor".

Y en el art. 17 de la misma LO se contiene el mandato a cuyo tenor "en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra".

Por su parte, el *párrafo segundo del art. 707 de la LECr. (introducido por la LO 14/99 de 9 de junio)* prescribe que cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.

En esta línea, el art. 229 de la LOPJ (tras la reforma producida por la LO 19/2003, de 24 de diciembre), después de proclamar en su núm. 2 que "las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el juez o tribunal, con presencia e intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley", admite en su párrafo 3 que estas actuaciones se realicen "a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre las personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal".

Y, el art. 325 de la LECr. (redacción de la LO 13/03, de 24 de octubre) admite que "el Juez de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquéllos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la LOPJ".

Y finalmente la vigente redacción del art. 707 párrafo último LECrim., al que antes nos hemos referido, redactado por LO. 8/2006 de 4.12, ya establece, sin necesidad de informe pericial previo, que "la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la practica de esta prueba".

En esta dirección la jurisprudencia de esta Sala, por ejemplo STS. 8.7.94, examinó el caso de un testigo que declaró en el juicio desde el umbral de la puerta de acceso a los estrados de la Sala de vistas,

lugar donde podría ser visto por el Tribunal, por el Ministerio Fiscal y por los letrados defensores de los acusados, así como ser oído por todos los presentes en la Sala. La prueba se practicó de este modo, con la protesta de los letrados defensores y esta Sala aunque afirmó que es claro que hubo una restricción del principio de publicidad, estimó correcta procesalmente la decisión del Tribunal, ya que quedaron debidamente respetados los principios de oralidad, contradicción, defensa e intermediación al haberse permitido a todas las partes su interrogatorio, por lo que no hubo indefensión, ni desigualdad en el trato procesal de las partes, ni lesión del derecho a la prueba ni tampoco del relativo a un proceso con todas las garantías (*arts. 14 y 24 CE*).

Dicha línea jurisprudencia fue ratificada en SSTs. 24.6.97 y 9.3.99 , referidas a testificales con "biombo". La primera indicando que hay que expresar las razones de la decisión permisiva de tal medio de protección por auto o incluso verbalmente en el acto del juicio oral; y la segunda, porque se aseguró "el interrogatorio cruzado, que constituye la esencia del debate entre las partes a lo largo del juicio oral" y aunque se dice que no se entra en la mayor o menor fuerza justificativa de las razones esgrimidas en la sentencia recurrida, esta Sala analizó el caso y las consideró suficientes, aplicando la conocida técnica de la "motivación complementaria".

Otra modalidad de testimonio oculto fue el contemplado en la STS. 26.6.2000 , producido mediante circuito cerrado de televisión, a fin de contrarrestar los principios psicológicos que necesariamente sufriría un menor, ante los nuevos peritos designados por la defensa, ante el "trago" de revivir el desgraciado suceso que acabó con la vida de su madre y de su hermana. Declaración producida en una Sala contigua a la de vistas, fuera de la presencia del Tribunal del Jurado y del propio acusado y en la que se encontraban además del menor, el Presidente, el Ministerio Fiscal, Secretario y los letrados acusador y defensor, lo que permitió ser vista y oída, por lo que a pesar de su excepcionalidad, supuso salvar en lo esencial, los principios de oralidad, publicidad y contradicción procesal, y en consecuencia, se consideró prueba válida.

b) En segundo lugar un examen del acta del juicio oral permite constatar que por el Presidente del Tribunal se acordó que el testimonio de los menores se realizase, colocado un biombo que impidiese su confrontación visual con el acusado, sin que por el letrado defensor se formulase protesta ni objeción alguna.

Siendo así no puede hablarse de indefensión alguna, al concebirse ésta constitucionalmente como una negación de la garantía de tutela judicial y para cuya presunción se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el *art. 24 CE* , ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello el Tribunal Constitucional habla de una indefensión material y no formal para lo cual resulta necesario pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta cuando se produce el hecho y como consecuencia de aquellas (STC. 181/94 de 20.6) lo que en modo alguno ha quedado acreditado en el presente caso.

QUINTO: Respecto a la realidad de los hechos denunciados hemos de partir de que las declaraciones de las víctimas no son prueba indiciaria sino prueba directa y han sido admitidos como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo (SS. 706/2000, 313/2002, 224/2005) como del Tribunal Constitucional (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 sentencia 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--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 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

Nuestra sentencia 715/2003 de 16.5 , mantiene la doctrina de que, aunque es cierto que la apreciación probatoria de los medios de acreditación que se ofrecen y practican ante el Tribunal sentenciador, corresponde de forma exclusiva al mismo, sin que dicho órgano jurisdiccional pueda declinar la responsabilidad que esta materia le encomienda el *art. 741 LECrim* , desarrollo penal del *art. 117 CE .* , no es menos cierto que cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con desarrollo aún inmadura de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación, que pueden incidir en su forma de narrar aquello que han presenciado, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, la prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos) rindiendo su informe ante el Tribunal sentenciador, en contradicción procesal, aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de fiabilidad de la declaración del menor o incapaz, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio referido, víctima de un delito de naturaleza sexual.

Pero no basta solamente con tal informe pericial, sino que el propio Tribunal debe valorar la propia exploración o, en su caso, declaración testifical de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado de verosimilitud de su narración, informado pericialmente, no será sino un componente más de los que habrá de tener en cuenta la Sala sentenciadora para llegar a una u otra conclusión convéctiva.

Finalmente, tras esa operación, por tratarse ordinariamente de un testimonio único tendrá que tener en cuenta el Tribunal de instancia si existen datos que corroboren complementariamente su afirmación, con objeto de dotarla de certeza material, base de la convicción judicial razonada.

Lo que importa es la razonabilidad en la convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en la sentencia condenatoria.

El examen de tales tres elementos es solo 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.

SEXTO: Pues bien, la sentencia de instancia, analiza la prueba obrante en las diligencias y llega a la convicción de que los hechos acontecieron tal como plasma en el relato fáctico, concediendo credibilidad al testimonio de los dos menores.

Valoración probatoria que debe mantenerse por esta Sala

En efecto hemos de partir de que el testimonio de un menor puede constituir prueba de cargo para destruir la presunción de inocencia (SSTS. 6.4.92, 5.4.94, 12.6.95, 11.10.95), pues el menor, objeto de una agresión sexual no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite literalmente hechos que pueden ser base para la fijación histórica de lo ocurrido (SSTS. 31.10.92, 23.3.97), siendo facultad exclusiva del Tribunal de instancia, en base a la inmediación, la valoración de aquel testimonio.

El juicio oral obliga a que la prueba se practique ante el Tribunal que ha de fallar, de manera directa, inmediata, sin intermediaciones de ningún genero, y a la convicción del Tribunal contribuye decisivamente la llamada psicología del testimonio, ciencia que permite descubrir la mayor o menor credibilidad de las personas que declaran ante los Jueces y que no es reproducible en casación. Este Tribunal no ve, ni oye, ni percibe la reacción de quienes declaran, el tono de su voz, sus gestos, a veces tan expresivos, la forma misma de declarar, los titubeos, silencios, y por consiguiente, no puede reconstruir la fiabilidad del testimonio que ha llevado al Juzgador de instancia a aquella conclusión probatoria, y la STS. 14.2.95 , el juicio en conciencia sobre la realidad depende esencialmente de la inmediación de la que en casación carecemos, bien entendido como precisa la sTS. 10..2002 que en la valoración de la prueba directa (fundamentalmente en la apreciación de los testimonios -cabe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto ajeno al control en vía de recurso por un Tribunal superior que no ha contemplado la practica de la prueba, y un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta

directamente en la percepción sensorial derivada de la intermediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos, como ha señalado con reiteración esta misma Sala.

Esta estructura racional del discurso valorativo si podría ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulta 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 presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur".

SEPTIMO: Circunstancia esta que no concurre en el caso presente, pues se aprecia en los criterios valorativos de la sentencia una argumentación lógica, sin que conste dato alguno que haga irrazonable la apreciación de la prueba.

Así analiza las declaraciones de los dos menores que pormenorizadamente refirieron las circunstancias en que se produjo la agresión de forma coincidente con sus anteriores declaraciones.

Respecto a la existencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que avalen estas declaraciones la Audiencia señala: la intervención de un palo de un metro de longitud y tres centímetros de grosor con el que los menores afirmaron haber sido intimidados y los informes medios forenses realizados a los menores el mismo día de los hechos, en los que se apreciaron a Evaristo "pequeñas erosiones superficiales del ano cutáneo, en la posición de las doce, sobre pequeño hematoma igualmente superficial", y a Alfredo "erosiones diversas superficiales con una erosión con zona violácea superficial en la posición de las seis a nivel del ano cutáneo", siendo evidente que estas lesiones, aunque pudieran ser debidas a una contusión y no específicas de una penetración anal, son compatibles con dicha agresión sexual, y si son detectadas el mismo día de los hechos y los dos menores las presentaban, la deducción de la Sala de atribuir su origen a la acción denunciada, es lógica y racional.

Asimismo destaca el testimonio de la psicóloga escolar, una de las primeras personas en escuchar el relato proporcionado por los menores, quien en el acto del juicio afirmó que "el testimonio manifestado por los alumnos es creíble, llegaron destrozados al colegio, presentaban ansiedad e inquietud".

En este sentido debemos recordar que el testigo es siempre una persona física ajena al proceso que proporciona datos sobre acontecimientos relevantes para la investigación en su momento y para formar una convicción definitiva en el acto del juicio oral. Pero 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 la víctima en caso en que la prueba de cargo se halle integrada sólo por la declaración de ésta.

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 intermediación 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, sin olvidar que el testimonio de referencia puede tener distintos grados, según que el testigo narre lo que personalmente escuchó y percibió (auditio propio) -que sería el caso presente- o lo que otra persona le comunicó (auditio alieno) y que, en algunos supuestos de percepción prueba puede tener el mismo valor para la declaración de culpabilidad del acusado que la prueba testifical directa.

Por lo tanto este testimonio de la psicóloga escolar corrobora la declaración de los dos menores en cuanto a cómo llegaron al colegio y el estado de afectación que presentaban, testimonio aquél coincidente con los informes psicológicos (folios 193 a 196) que concluyen que los menores "presentaban traumatofobia y signos de ansiedad, inadaptación social, irritabilidad, inadaptación escolar, reacciones ansioso-depresiones y la grave secuela de abuso sexual bien conocida en menores".

El recurrente se limita a impugnar las conclusiones de la Sala haciendo referencia a contradicciones entre los dos menores sobre el número de penetraciones anales y bucales y orden de las mismas, pero debe entenderse que éstas no son sustanciales sino propias de la edad de las víctimas y el tiempo transcurrido.

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

OCTAVO: En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto la Policía no entregó al juzgado de instrucción palo alguno, ni en el acto del juicio se encontraba dicho palo a *disposición de las partes para su examen, obra en las actuaciones diligencia, folio 11*, por la que los agentes de Policía nº NUM000 . NUM001 , NUM002 y NUM003 hacen entrega de una minuta de régimen interno sobre su actuación en relación a estos hechos, y asimismo de un palo (rama de árbol), y diligencia, folio 13, por la que se remite al Juzgado de Guardia "un palo de un metro de longitud y tres centímetros de grosor", y en cuanto al hecho de no encontrarse dicho palo en el lugar de celebración del juicio, como decíamos en la STS. 910/2005 de 8.7, con cita del auto de 14.1.2000 :

a) La presencia de las piezas de convicción al inicio del juicio oral es preceptiva aunque las partes no lo soliciten como medio de prueba. No obstante, en este caso, la no colocación de las piezas de convicción en el local del Tribunal no constituye motivo de casación, según reiterada jurisprudencia (SSTS. 2.6.86, 6.6.87, 205/95 de 10.2, 954/95 de 26.9, 392/96 de 3.5 y 1143/2000 de 26.6). Como excepción, la omisión de lo dispuesto en el *art. 688 LECrim* . puede motivar el recurso de casación si concurren los siguientes condicionamientos:

1º Cuando las piezas de convicción están incorporadas a la causa.

2º La existencia de petición de parte en el escrito de conclusiones provisionales para completar otras pruebas personales (testifical o pericial).

3º Denuncia en el acto del juicio, haciendo constar la protesta correspondiente, y exponiendo los argumentos que -según la parte- darían significación o valor probatorio a la exhibición, o especificando para qué objetivo concreto se quería que estuvieran presentes.

4º Necesidad de la prueba que debe apreciar este Tribunal al revisar la decisión denegatoria de la

Audiencia Provincial, es decir, juzgar nuevamente sobre la pertinencia de la presencia y examen de las piezas de convicción en la doble vertiente material y funcional, pues sin un juicio positivo sobre este punto no puede hablarse de indefensión (STS. 6.4.87).

En definitiva la falta de las piezas de convicción en el local en que actúa el Tribunal (que puede ser debida a diversas causas) no supone, en principio, quebrantamiento de forma reclamable por la vía del recurso de casación, pero puede dar cabida el recurso por denegación de prueba, cuando la parte hubiera exigido en su escrito de conclusiones provisionales, como medio de prueba, la presencia de dichas piezas de convicción y cuando esta omisión hubiera podido producir indefensión en cuanto hubiera podido tener relevancia para alguna de las cuestiones debatidas en el proceso.

b) No concurren en el presente caso los requisitos anteriormente señalados para poder estimar la infracción constitucional alegada. La defensa no formuló petición alguna en relación a la presencia del palo en el acto del juicio, por lo que tal cuestión no fue planteada en la instancia y no resulta factible su alegación "per saltum" en casación.

En este sentido la STS. 383/2006 de 21.3 , nos dice que "el recurso de casación se circunscribe a los errores legales sometidos a su consideración por las partes, sin que puedan formularse, ex novo y per saltum, alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligaría al Tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral (SSTS. 8.2.96, 1256/2002 de 4.7).

En efecto, la doctrina de esta Sala (S. 170/99 de 2.2), establece que "en casación no pueden plantearse cuestiones nuevas, no suscitadas en los escritos de conclusiones, ni discutidas en el plenario, ni en la sentencia de instancia, ni tampoco sometidas a contradicción, exceptuándose el caso de que los hechos probados contuvieran los requisitos para la estimación de las mismas.

NOVENO: El motivo tercero (cuarto en el recurso) por vulneración de *precepto constitucional*, art. 24.2 CE ., al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ ., por entender que no se ha desplegado actividad probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente en cuanto a la comisión del delito de robo.

El motivo se limita a reproducir lo manifestado en los anteriores motivos añadiendo que sí en el acto del juicio y tras la practica de la prueba las acusaciones retiraron la relativa a los delitos de amenazas por entender que la declaración de los menores carecía de fuera probatoria para demostrar la existencia de aquel delito, tampoco puede tener la fuerza para acreditar que el agresor robará un chaleco a uno de los denunciantes, máxime cuando no se ha acreditado la preexistencia de dicho chaleco.

El motivo debe ser desestimado.

La existencia de prueba de cargo para acreditar el hecho delictivo y la autoría del recurrente ya ha sido analizada en los motivos precedentes, dándose por reproducidos los argumentos expuestos para evitar innecesarias repeticiones.

En materia concursal las amenazas, por regla general, quedan absorbidas por el mayor desvalor del otro delito (concurso de normas, art. 8.3 CP .), en todos aquellos casos en los que éstas se utilicen para afectar la libertad de obrar específicamente protegida en determinados ámbitos, como es el caso presente de los delitos de agresiones sexuales o cuando la intimidación constituye un elemento adicional para la concurrencia de un tipo delictivo determinado, como es el caso de los delito de robo. Por ello el delito de amenazas debe entenderse consumida en el acto de las agresiones sexuales y el delito de robo, motivo por el cual la retirada de la acusación resultaba procedente.

Sin embargo aun cuando la intimidación perduró desde el inicio de la agresión hasta el final de secuencia, que concluyó con el apoderamiento del chaleco que llevaba una de las víctimas, se trata de dos acciones diferentes, aunque sucesivas, dos manifestaciones de voluntad diferenciadas, el elemento coactivo e intimidatorio tiene eficacia escindible, tanto en el delito de agresión sexual como en el del robo. En el primero llegó a exhibir una navaja, y en el segundo está latente el efecto intimidativo producido.

Y en cuanto a la falta de prueba de la preexistencia del chaleco con independencia de que la *regla del art. 364 LECrim* . ha sido muy criticada por la doctrina por considerar que no debería ser la regla general sino la excepción, el nuevo art. 762 *regla 9ª LECrim* . reformado por *Ley 38/2002 en relación al procedimiento observado*, considera que la "información prevenida en el art. 364 solo se verificará cuando a juicio del Instructor hubiera duda acerca de la preexistencia de la cosa objeto de la sustracción o

defraudación", ver SSTS. 27.1.95, 2.4.96 .

El motivo en consecuencia se desestima.

DECIMO: El motivo cuarto (quinto según el recurrente) se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del *art. 851.1 LECrim* . por no expresarse en la sentencia clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideran probados, por no detallarse en éstos extremos tales como a que denunciante agredió sexualmente primero y en que orden se sucedieron las agresiones.

Esta impugnación no puede prosperar por la presente vía casacional, pues la falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción es vicio puramente interno del mismo que solo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer que es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incorporación del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión del relato provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS. 24.3.2001, 23.7.2001, 1º.10.2004, 2.11.2004, 12.11.2004, 28.12.2005).

Por ello se insiste en que no concurre el quebrantamiento de forma en las meras omisiones de datos fácticos que el Tribunal puede no considerar probados o meramente irrelevantes, cuando con dicha omisión no se origina incomprensión del sentido del texto (SSTS. 31.1, 28.3, 2.7 y 7.10.2003, 12.2.2004). Por ello las omisiones tan solo caben como motivo de casación por quebrantamiento de forma cuando ocasionan la imposibilidad de su comprensión por hacer ininteligible el relato de lo ocurrido pero no cuando no producen oscuridad alguna para la comprensión de lo narrado en la sentencia.

En el caso de autos el relato de la Sala de instancia "En su lugar y tras mostrarles la navaja, el acusado forzó a los menores a mantener relaciones sexuales completas, penetrando en dos ocasiones analmente a cada uno de ellos y obligándoles a que le realizasen una felación", resulta suficientemente explícito en orden a la concurrencia de los elementos típicos de los delitos contra la libertad sexual por los que el recurrente ha sido condenado.

DECIMOPRIMERO: El motivo quinto (sexto del recurrente) por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el *art. 850.3 y 4 LECrim* . al no haberse permitido formular a los testigos preguntas por la defensa que eran pertinentes y de manifiesta influencia en la causa, habiéndose formulado la oportuna protesta, lo que ha causado indefensión a la parte y vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a usar los medios de prueba pertinentes, por lo que procede casar la sentencia y absolver al acusado.

Con independencia de que este pronunciamiento -absolver- no sería nunca procedente conforme a lo preceptuado en el *art. 901 bis a) LECrim* . cuando la Sala estime haberse cometido el quebrantamiento de forma en que se funda el recurso, lo procedente no es el dictado en una sentencia absolutoria sino ordenar la devolución de la causa al Tribunal de que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta la sustancie y termine con arreglo a derecho, el motivo deviene improsperable.

En efecto, la jurisprudencia señala que la pregunta es capciosa cuando en la forma en la que está planteada resulta engañosa, tiende a confundir al testigo, y a provocarle una respuesta aparente o falsamente contradictoria. La pregunta es sugestiva porque indica o provoca una respuesta afirmativa como única conclusión racional de las afirmaciones previas que le sirven de sustento. Es decir, no se pregunta sobre determinados hechos, que se presentan como incontestables, sino que el interrogador plantea la pregunta como una consecuencia necesaria de los hechos previamente afirmados sugiriendo el asentimiento como única respuesta racional, de modo que prácticamente elimina la opción de una contestación diferente a la que se desea obtener.

Y, en fin, la pregunta es impertinente, cuando no se refiere a la cuestión enjuiciada. Es impertinente todo lo que queda extramuros de la teleología del proceso, de lo que en él se persigue.

Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la pregunta: «pertinencia» es la relación entre las preguntas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye «*thema decidendi*»; «relevancia» en un aspecto material existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar en favor del proponente la Sentencia, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta.

Por ello no basta para que una pregunta sea declarada pertinente -y provoque la estimación del

recurso- con la concurrencia de una relación directa entre la pregunta y el objeto del juicio, sino que es preciso valorar la relevancia, necesidad y en consecuencia, causalidad de las preguntas en relación con el sentido del fallo, debiendo apreciarse y globalmente ambos elementos para estimar presente e infringida la norma procesal (SSTS. 1125/2001 de 12.7).

Como dice en la STS. 77/2007 de 7.2 , en la decisión del recurso de casación "lo relevante" es determinar si la negativa a responder privó a la defensa del ejercicio de facultades inherentes a tal condición y si las preguntas omitidas eran relevantes en el preciso sentido de haber tenido aptitud para variar la decisión final, pues no de otro modo debe interpretarse la frase "manifiesta influencia en la causa", que se contiene en el *art. 850.3º* o la de "verdadera importancia para el resultado del juicio a que se refiere el nº 4 de igual artículo" (STS. 2612/2001 de 4.12).

Pues bien en el caso de agresiones sexuales debe extremarse la sensibilidad en cuanto las manifestaciones de las víctimas menores, les hace revivir públicamente acontecimientos que han impactado necesariamente sobre su equilibrio psicológico y emocional. Es necesario extremar la delicadeza en la selección y admisión de las preguntas pertinentes, evitando las que sean innecesarias en relación con el objeto del proceso y rechazando, como es lógico, todas aquellas que tratan de menoscabar su dignidad o que busquen impactar al menor, haciéndole perder la necesaria estabilidad psíquica en la prestación de su testimonio. (STS. 706/2000 de 26.4).

Las preguntas deben indagar sobre hechos y no sobre las razones del comportamiento del testigo o de la víctima y menos aun, cuando tales indagaciones atentan a la dignidad de ésta, y menos aún cuando tales indagaciones atentan a la dignidad de ésta. El interrogatorio se encamina a obtener la verdad pero dicho camino se debe transitar rectamente. El derecho a la prueba no permite abusos, habiéndose señalado reiteradamente tanto el Tribunal Constitucional como este Tribunal Supremo, que la practica de la prueba en el proceso penal no tiene un carácter absoluto e ilimitado, quedando excluido lo que sea impertinente, así como lo que sea inútil o pernicioso.

El Juez o Presidente del Tribunal debe velar por el buen orden del proceso, por el respeto debido a quienes en él intervienen y por evitar el empleo de métodos que tergiversen los resultados de la prueba.

La protección de las víctimas o testigos es en consecuencia, una obligación del Juez o Tribunal, como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala.

Es doctrina reiterada de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que entre las funciones del Presidente del Tribunal se encuentra la ponderación de los derechos constitucionales en juego para impedir que en el ejercicio de la actividad de defensa se invadan o vulneren innecesaria y abusivamente los derechos constitucionales de la víctima, y en concreto el derecho a la intimidad reconocido en el *art. 18 de la CE .*, al indagar de modo innecesario y abusivo, acerca de las relaciones sexuales de la víctima del hecho.

Y a ello, ha de añadirse en el momento actual, que no sólo el derecho fundamental a la intimidad de las víctimas debe ser tutelado en su interrogatorio, sino también el derecho a la dignidad de la persona que constituye el fundamento del orden político y de la paz social conforme al *art. 10* de nuestra Constitución.

En el caso presente formular a la víctima de una agresión sexual, un menor de 14 años de edad, una pregunta sobre la duración de cada felación, cuando ya ha contestado que no sabía cuánto habían durado las felaciones, era una pregunta que pos reiterativa, resultaba innecesaria, siendo, por lo demás, irrelevante la duración del acceso carnal vía bucal para configurar el tipo del *art. 179 CP. y preguntar al mismo cuantas felaciones se produjeron antes de la segunda penetración*, cuando dicho menor había sufrido ya un ataque de ansiedad, rompiendo a llorar, resultaba innecesario, desde el momento que la Sala de instancia solo entendió acreditada una felación por parte de cada menor.

DECIMOSEGUNDO: El motivo sexto (séptimo del recurrente por infracción de *Ley al amparo del art. 849.1 LECrim.*, por indebida aplicación del *art. 179 CP .* al no haber quedado acreditadas las penetraciones anales y bucales de los menores

El motivo no respecto en su desarrollo los hechos probados haciendo afirmaciones contradictorias con el relato fáctico que declara expresamente que el acusado penetró en dos ocasiones analmente a cada uno de los dos menores y les obligó a que le realizasen una felación, y esta Sala viene declarando -por todas S. 105/2005 de 29.1 - que el objeto de este recurso en esta vía casacional se reduce exclusivamente a comprobar si, dados esos hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, que han de

ser respetados en su integridad, orden y significación, se aplicaron correctamente a los mismos por los Juzgadores de instancia los preceptos penales sustantivos en que se subsumieron, se dejaron de aplicar lo que correspondían o fueron los aplicados o dejados de aplicar erróneamente interpretados en su aplicación o falta de aplicación (SSTS. 6.5.2002, 25.2.3003, 24.2.2005).

Esta vía casacional del *art. 849.1 LECrim* . exige como ponen de relieve las SSTS. 17.12.96 y 30.11.98 , un respeto reverencial y absoluto al hecho probado, cualquiera que sea la parte de la sentencia en que consta (STS. 31.1.2000), pues cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento, desencadena inexcusablemente la inadmisión del motivo, *art. 884.3 LECrim* ., y en tramite de sentencia su desestimación (STS. 1752/2002 de 12.10).

Consecuentemente, el motivo que en cuanto a las penetraciones anales reproduce la argumentación expuesta en el motivo segundo por infracción de *precepto constitucional, art. 24.2* derecho presunción de inocencia, discrepando de la valoración efectuada por la Sala de los informes médicos, que según su apreciación subjetiva no acreditan tales penetraciones, debe ser desestimado, debiéndose recordar que el delito de agresión sexual con acceso carnal se consuma con la penetración del pene, más o menos perfecta, en las cavidades que el precepto enumera (vaginal, anal y bucal), sin que requiera que la penetración del miembro viril sea completa, bastando la introducción mas o menos profundas sin que se precise la eyaculación sexual ni la emisión de liquido prostático.

Por ello aún no sabiéndose cuanto se introdujo el pene en el ano de lo menores, solo que llegó a introducirse, ello ya constituye penetración, y en cuanto a la penetración bucal el relato fáctico se refiere a una felación por cada menor, y ésta supone que el pene fue introducido, al menos, entre los labios y los dientes de la boca, lo que permite entenderla consumada (ver STS. 834/2002 de 13.5 que consideró errónea la tesis del recurrente de que la penetración bucal solo era de apreciar cuando se hubiera traspasado la línea de los dientes del sujeto pasivo, argumentando que desde un punto de vista puramente natural, los dientes están ya dentro de la boca y esta empieza en los labios).

DECIMOTERCERO: El motivo séptimo (octavo del recurrente) por infracción de *Ley, art. 849.1 LECrim. por la indebida aplicación del art. 180.5* , dado que el acusado no amenazó con la navaja a los menores, ni la sacó, ni la abrió, sino que según uno de estos, les hizo saber que la tenía y la podía usar, pero no la usó en ningún momento.

Podemos resumir la doctrina de este Tribunal sobre el *art. 180.1.5* en los términos siguientes, conforme expone la STS. 15/2006 de 13.1 :

A) Hay una tendencia a comparar esta norma con la del *art. 242.2* que recoge una agravación paralela para el delito de robo con violencia o intimidación en las personas en los casos en que "el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevaré...". Y ello para destacar el carácter más restrictivo de ciertas expresiones utilizadas en el *precepto que estamos examinando (180.1.5ª)*.

B) Aparece a primera vista la restricción derivada de la expresión que, con relación a tales armas o medios peligrosos, precisa así: "susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los *artículos 149 y 150 de este código* ". Esta expresión revela la voluntad del legislador de dar a esta agravación un alcance menor que el del citado 242.2. No obstante, entendemos que con escasa o nula relevancia práctica, ante la dificultad de que puedan existir armas o medios peligrosos que sean aptos para producir lesiones de los *arts. 147 o 148 y no lo sean para las de los 149 y 150* o para el homicidio.

C) En el texto inicial de esta circunstancia 5ª aparecían los términos "medios especialmente peligrosos" hasta que la LO 11/1999 los sustituyó por "medios igualmente peligrosos", que es lo que dice y siempre ha dicho el referido *art. 242.2* . El adverbio especialmente vino utilizándose como una manifestación más de esa voluntad restrictiva del legislador, lo que sirvió de pauta a esta sala para justificar una interpretación estricta, argumento que, evidentemente, tras la mencionada modificación legal ya no cabe utilizar (SSTS. 722/2001 de 25.4, 1081/2004 de 30.9, 1300/2005 de 8.11).

Sin embargo, este criterio restrictivo a la hora de interpretar y aplicar este *art. 180.1.5ª* continúa en base a otros argumentos diferentes que examinamos a continuación.

D) El primero, y más importante sin duda, se deduce del principio de proporcionalidad. Refiriéndonos al caso más grave, que es el aquí examinado, el de la agresión sexual con acceso carnal, para el que se ha restablecido el término violación, la pena, concurriendo una sola de las *circunstancias modificativas del art. 180* , va de **12** a 15 años de prisión, superior a la del homicidio del *art. 138* para el que se prevé de 10 a 15

años de prisión. Ciertamente hay que respetar la voluntad del legislador. No podemos prescindir de esta pena, ni rebajarla sin causa legal; pero esto nos obliga a seguir la mencionada vía de la interpretación estricta en pro de una aplicación al menor número de casos posibles. La pena para el delito básico en estos casos, la del *art. 179*, va de 6 a **12** años.

E) Hay otro argumento con frecuencia utilizado por esta sala en pro de esta tendencia restrictiva, que se deduce del principio "non bis in idem", principio que la doctrina del TC enlaza con el de legalidad del *art. 25.1 CE*. Se utiliza al respecto una razón, quizá discutible, al considerar que lo habitual en esta clase de delitos es utilizar para las amenazas algún instrumento de las clases que objetivamente podrían encajar en los términos armas o medios peligrosos usados en esta norma penal, con lo cual lo que habría de ser la excepción propia de los delitos cualificados se convertiría en la regla general, la propia de los delitos básicos. Para evitar esta consecuencia indeseable, se acude a esta vía de la interpretación restrictiva. De otro modo, aquello que vale para constituir el elemento violencia o intimidación, el uso de arma o medio peligroso, con frecuencia el único elemento usado al respecto, se utilizaría dos veces en la punición del hecho, una para aplicar el *art. 178* y otra para esta agravación 5ª. Por esto venimos hablando de posible vulneración del principio "non bis in idem" en estos casos.

F) La concreción de esta aplicación del *art. 180.1.5ª* con carácter restrictivo se encuentra, con cierta asiduidad, en la exclusión de aquellos casos en que el arma o medio peligroso se utiliza sólo para exhibirlo, de modo que la víctima quede intimidada al conocer el elemento de que dispone su agresor. Enseñar el arma de fuego, el arma blanca o el instrumento útil para otras cosas pero que puede causar lesiones por su uso espurio, como un destornillador, un martillo, una maza o simplemente una garrota o un palo, y no utilizarlo después en la agresión realizada, se considera que no basta a los efectos de la cualificación que estamos examinando. Sin embargo, cuando se acomete usando ese arma o medio peligroso, incluso cuando la acometida no alcance el cuerpo de la víctima, ha de aplicarse esta circunstancia 5ª. Y lo mismo ha de hacerse cuando se acerca el instrumento a alguna zona particularmente sensible a los efectos de poder causar la muerte o lesiones graves, como ocurre cuando se coloca un arma blanca o medio semejante junto al cuello o el abdomen, o una pistola apuntando a la cabeza, tórax o también al cuello o al abdomen. Por eso, venimos diciendo con reiteración que lo importante a estos efectos no es el concreto instrumento utilizado, sino el uso que se le dé, o el peligro concreto creado al respecto.

G) Por último, conviene añadir aquí algo también reiteradamente proclamado por esta sala: en todo caso hay que tener en cuenta, con criterios objetivos, el instrumento utilizado y la forma en que se usó, no aquello que pudiera decir el agresor o pensar la víctima, como podría ocurrir cuando -así fue en el caso presente- se utiliza un arma de fuego simulada y, por tanto, sin capacidad de disparo, aunque, por sus características y modo de uso, pudiera ser calificado en el caso concreto como medio peligroso.

Tal doctrina jurisprudencial se encuentra, entre otras, en nuestras sentencias 264/2007 de 30.3, 1353/2005 de 16.11, 1158/2004, 939/2004, 1605/2003, 1487/2003, 283/2003, 722/2001, 431/99 y en otras que en estas mismas se citan.

En el caso presente el relato fáctico de forma ciertamente escueta se limita a señalar como el acusado tras mostrarles la navaja forzó a los menores a mantener relaciones sexuales completas penetrando en dos ocasiones analmente a cada uno de ellos y obligándoles a que le realizasen una felación, siendo así no procede la apreciación automática de esta agravación, encontrándonos más bien con un empleo del arma con efecto meramente intimidatorio, que podía determinar una injustificada exacerbación punitiva, con vulneración del principio non bis in idem al determinar esa imprecisa acción intimidatoria (el menor Fernando en el plenario declaró que el acusado -en el momento que se encontró con ellos no durante las agresiones sexuales- sacó una navaja, dijo que la podía usar y luego la guardó, y su hermano David que no les amenazó con la navaja, la saco, no la abrió y les hizo saber que la tenía y la podía usar, pero no la usó en ningún momento), al mismo tiempo la calificación de la conducta como agresión sexual y su cualificación como agresión agravada, cuando lo determinante no es solamente el instrumento "sino el uso" que el sujeto activo haga del mismo, de tal manera que la mera exhibición del arma no es suficiente para integrar el subtipo agravado, cuando no se aprecie un peligro especialmente relevante y constituye el único elemento que integra la intimidación, debiendo ponderarse en cada caso con suma cautela el instrumento utilizado por el agente, analizando no solo las características del medio empleado, sino también la forma o manera en que éste es utilizado, así como las circunstancias que concurren, y en el caso concreto ese peligro especialmente relevante para la vida de las víctimas no fluye, al no recogerse en el relato fáctico ni las características del arma esgrimida, y la zona del cuerpo amenazada y los términos en que se expresó el agresor, así las cosas esta agravante específica fue incorrectamente apreciada.

DECIMOCUARTO: El motivo octavo (noveno en el recurso) por infracción de *Ley, al amparo de lo*

dispuesto en el art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 242 CP. reproduce los argumentos expuestos en el motivo tercero (cuarto del recurrente), vulneración de precepto constitucional art. 24.2 CE .. en orden a la falta de prueba de la comisión del delito de robo, por lo que debe seguir igualmente desestimatoria dándose por reproducido el Fundamento Jurídico décimo que antecede por evitar innecesarias repeticiones.

DECIMOQUINTO: El motivo noveno por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 617 CP . al no haberse demostrado la participación del recurrente en la causación de las dos faltas de lesiones por las que ha sido condenado.

El motivo, aun cuando la autoría del recurrente, dada la vía casacional elegida que parte del respeto a los hechos probados, no puede ser cuestionada, debe ser estimado a la vista de la voluntad impugnativa del recurrente.

En efecto la doctrina de esta Sala en orden a la consunción de las lesiones en el delito de agresión sexual; se expresa con claridad, entre otras en las SSTS. 1305/2003 de 6.11, 1259/2004 de 2.11, y 886/2005 de 5.7 , en las que se dice lo siguiente: "«Esta Sala ha admitido el concurso entre el delito de agresión sexual y el delito de lesiones por menoscabo de la integridad corporal o de la salud física cuando este último se ha producido como consecuencia de la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima al ataque contra su libertad sexual, pero exceden de la correspondiente al concreto hecho de la agresión. Concretamente, el delito de violación requiere el empleo de violencia, pero no exige la causación de lesiones corporales, de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual. Así, se ha señalado (STS núm. 2047/2002, de 10 de diciembre), que "la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por **ejemplo** leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado". Pero cuando se infieren lesiones deliberadas y adicionales, como medio de vencer la resistencia de la víctima pero con entidad sustancial autónoma, procede la aplicación de lo dispuesto en el artículo 77, párrafos primero y tercero , sancionando ambas acciones por separado, ya que el disvalor del resultado realmente producido supera el disvalor del delito más grave (ver sentencias de 3 de junio y 23 de diciembre de 1996)». En igual sentido STS. 105/2005 de 28.1, 555/2005 de 21.4 .

Esta doctrina impone el examen detenido de cada supuesto en particular para comprobar, de un lado, si las lesiones sufridas por la víctima fueron una consecuencia derivada directamente de la misma agresión sexual, en cuyo caso quedarían absorbidas por ésta, y, de otro, si la violencia ejercida para doblegar o vencer la resistencia de la persona atacada superó los límites mínimos necesarios para entender que concurrió la violencia contemplada en la descripción del tipo objetivo de la agresión sexual, sancionando independientemente aquello que la exceda.

En el caso de los menores, las lesiones que se describen en el hecho probado (erosiones superficiales y hematomas en el ano) son todas ellas consecuencia directa del hecho constitutivo de la agresión sexual, por lo que deben considerarse absorbidas por ésta.

DECIMOSEXTO: La parcial estimación del recurso, conlleva la declaración de oficio de las costas causadas en su tramitación, art. 901 LECrim .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de Jose Augusto , con estimación de los motivos séptimo y noveno por infracción de Ley, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta, de fecha 24 de noviembre de 2006 , en causa seguida contra el mismo por delitos de agresión sexual, robo y lesiones; y en su virtud casamos y anulamos referida sentencia, declarando de oficio las costas del recurso.

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. Joaquín Giménez García D. Perfecto Andrés Ibáñez D. José Manuel Maza Martín D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Julio de dos mil siete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 48 de Madrid, con el número 6 de 2005, y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 4ª, por delitos de agresión sexual, robo y lesiones, contra Jose Augusto , con DNI. nº NUM004 , nacido en Madrid el 15 de marzo de 1983, hijo de José María y de María Inmaculada, sin antecedentes penales, y cuya solvencia no consta, y que se encuentra en prisión provisional por esta causa desde el 18 de abril de 2005; 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, incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Por las razones expuestas en el Fundamento Jurídico Decimotercero de la sentencia decisoria de este recurso, que se dan por reproducidas, procede la inaplicación del subtipo agravado del *art. 180.5 CP.*, *constituyen los hechos probados dos agresiones sexuales del art. 179 CP.*

Segundo: Con reproducción de lo argumentado en el Fundamento Jurídico Decimoquinto de la sentencia precedente, procede absolver al acusado de las dos faltas de lesiones por las que había sido condenado al ser consecuencia directa de las agresiones sexuales cometidas.

Tercero: En orden a la necesaria individualización de la pena correspondientes a las dos agresiones sexuales del *art. 179 CP.*, precepto que prevé un marco penológico de 6 a **12** años prisión; esta Sala hace suyos los razonamientos de la sentencia impugnada (Fundamento Jurídico cuarto) valorando, las circunstancias concurrentes de la especial gravedad de los hechos, minoría de edad de las víctimas y la reiteración de las penetraciones a que fueron sometidos (anales y bucales) y considera adecuada la de 10 años prisión por cada delito.

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta, de fecha 24 de noviembre de 2006 , debemos condenar a Jose Augusto como autor de dos delitos de violación a la pena de diez años prisión pro cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y debemos absolver de las dos faltas de lesiones por las que había sido condenado, con declaración de oficio de las costas correspondientes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Enrique Bacigalupo Zapater D. Joaquín Giménez García D. Perfecto Andrés Ibáñez D. José Manuel Maza Martín D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

PUBLICACIÓN.- Leidas 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.