

Id Cendoj: 28079120012006100709
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1874/2005
 Nº de Resolución: 735/2006
 Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
 Ponente: DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

- Abuso sexual con prevalimiento y robo.- Prueba de cargo: declaración de la víctima corroborada por datos circunstanciales.- La violencia o intimidación de menor entidad configuran una situación de superioridad de la que se vale el acusado que las provoca para conseguir someter a la víctima a sus deseos.- Juez imparcial: la ley regula el ejercicio para la protección del derecho del justiciable y exige al Tribunal no admitir a trámite la queja cuando no se ha ejercitado aquél.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Julio de dos mil seis.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado Jose Enrique , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Sexta, que le condenó por delitos de agresión sexual y robo con violencia, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Estévez Rodríguez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Santiago de Compostela instruyó sumario con el nº 2 de 2.003 contra Jose Enrique , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Sexta, que con fecha 10 de junio de 2.005 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: En torno a las 18:00 horas del día 4 de noviembre de 2.000, el acusado Jose Enrique , con el propósito de dar satisfacción a sus deseos sexuales, llamó al teléfono fijo de la casa que compartían Lina y su hermana Marta , las cuales se dedicaban al ejercicio de la prostitución, anunciándose en la sección de contactos de la prensa. La llamada fue recibida por Marta , que tras ofrecer la oportuna información sobre las tarifas de precios, llegó con el acusado al acuerdo de que su hermana Lina acudiría a su domicilio sito en la CALLE000 NUM000 , NUM001 - NUM002 , siendo lo pactado que permanecería en él durante una hora, a fin de prestar un servicio, si bien no se ha aclarado exactamente en que consistiría éste, que en todo caso sería "lo normal". Una vez Lina llegó al domicilio, tras llamar al interfono, subió las escaleras, sorprendiéndole que le estuviese esperando el acusado para franquearle el paso a un piso en cuya puerta figuraba la letra B, lo cual le generó cierto desasosiego. Una vez en el interior, la condujo a un dormitorio y Lina le solicitó por adelantado el precio pactado, ante lo cual el acusado reaccionó dirigiéndose a la cocina, lo que la citada interpretó en el sentido de iba a buscarlo. De regreso a la habitación, el acusado se abalanzó sobre la testigo, echándola sobre la cama. Tal actitud hizo que la misma se percatase de que no se hallaba ante una relación normal, y dada la situación de superioridad y prevalencia del agresor, que se había situado sobre ella, se limitó a indicarle que "no le hiciera daño". En tal situación el acusado primero le introdujo el pene en la boca a fin de que le hiciera una felación, para a continuación tras escasos momentos, penetrarla por vía vaginal, desistiendo igualmente al poco tiempo, para a continuación, agarrándola por el pelo darle la vuelta diciéndole que le iba a penetrar por vía anal, lo que no consiguió toda vez que eyaculó antes de lograrlo. Al finalizar el acto el acusado, le decía y recalaba que no debía contar nada pues era inmigrante indocumentada, insinuándole que en caso contrario, lograría expulsarla. Una vez que el acusado, tras haber eyaculado, obtuvo satisfacción comenzó a hurgar en el bolso de Lina en busca de dinero, sustrayéndole contra su voluntad 5.000 pesetas. La testigo se vistió y bajó a la calle al tiempo que

llamaba a su hermana para contarle lo sucedido y pedirle que pasase a recogerla. Mientras permanecía a la espera en el portal, el acusado salió al exterior, aprovechando Lina la ocasión para pedirle que le devolviese su dinero, en cuyo momento Jose Enrique le pegó una bofetada en la cara que le causó una lesión en el labio. A continuación ambas testigos se dirigieron a la Plaza Roja y desde una de las cabinas telefónicas de la misma llamaron al teléfono de emergencias -112-, denunciando que Lina había sufrido una violación. Ello desencadenó que se pusiera en marcha un dispositivo, dando el 112 cuenta de los hechos a la Policía Nacional, que remitió un coche celular a la zona, si bien dada la tardanza Lina y su hermana se fueron del lugar. Asimismo a los tres días ambas acudieron a la Delegación de inmigrantes del sindicato Comisiones Obreras, en cuyas dependencias de nuevo relataron lo sucedido a la testigo Ángeles , acudiendo posteriormente a la Policía a formalizar la denuncia por indicación de sus miembros.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos Jose Enrique , como autor responsable de un delito de agresión sexual tipificado en los *arts. 181.3 y 182 del Código Penal* , a la pena de 4 años de prisión y como autor responsable de un delito de robo con violencia, previsto y penado en los *artículos 237 y 242, del mismo cuerpo legal* , a la pena de 2 años de prisión; con la correspondiente inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de las costas procesales. Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección de la Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días desde su última notificación.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado Jose Enrique , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Jose Enrique , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del *art. 5.4 L.O.P.J. de 1 de julio de 1.985 y 852 L.E.Cr .* , por considerarse infringidos principios constitucionales recogidos en el *art. 24 de la C.E .* , concretamente el derecho a la presunción de inocencia; Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del *art. 5.4 L.O.P.J. de 1 de julio de 1.985 y 852 L.E.Cr .* , por considerarse infringidos principios constitucionales recogidos en el *art. 24 de la C.E .* , concretamente el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; Tercero.- Infracción de ley, al amparo del *nº 1 del art. 849 L.E.Cr .* , por entender que dados los hechos que se declaran probados en la sentencia, se ha incurrido en un "error iuris", infringiendo normas penales de carácter sustantivo, en concreto en relación a los *artículos 181.3 y 182 del Código Penal* ; Cuarto.- Infracción de ley del *art. 849.1º L.E.Cr .* , por entender que dados los hechos que se declaran probados se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo, en concreto los *artículos 237 y 242 del Código Penal* ; Quinto.- Por infracción de ley del *art. 849.1 L.E.Cr .* , por inaplicación del *art. 21.6 del C. Penal* ; Sexto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del *art. 850.1 L.E.Cr .* , pues esta parte en su escrito de conclusiones provisionales solicitó la práctica de prueba documental, siendo denegada la misma pese a ser pertinente; Séptimo.- Quebrantamiento de forma, al amparo del *artículo 851.1 de la L.E.Cr .* , por entender que en la sentencia no se expresa clara y manifiestamente cuáles son los hechos que se consideran probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico impliquen predeterminación del fallo.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó todos sus motivos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 26 de junio de 2.006.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia condenó al acusado como autor de un delito de abusos sexuales de los *artículos 181.3 y 182*, así como de un delito de robo con intimidación de los *artículos 237 y 242 C.P.*

El Tribunal a quo fundamenta su convicción de los hechos que se describen en el "factum" en la prueba de cargo consistente en la declaración de la víctima a pesar de apreciar en el testimonio de ésta que "las vaguedades y contradicciones en cuanto a la forma en la que se habrían desarrollado los concretos episodios de violencia e intimidación, restan a la manifestación de Lina el rigor que se requiere para desvirtuar la presunción de inocencia". De aquí se sigue que, no apreciando prueba suficiente del empleo

de violencia física o intimidación graves en la actuación del acusado para realizar las acciones sexuales que se exponen, la sentencia no considera aplicable los preceptos que tipifican la violación con penetración (arts. 178 y 179 C.P .), y califica los hechos como abusos sexuales con prevalimiento de los preceptos penales aplicados, amén del delito de robo ya mencionado. Esta subsunción tiene su base probatoria en la declaración de la víctima, que fundamenta la conclusión del Tribunal de instancia de que estamos ante unas relaciones sexuales con penetraciones bucal y vaginal ejecutadas por el acusado con un consentimiento viciado por una situación de manifiesta superioridad de aquél que constriñe la libertad de decisión de ésta en el ejercicio de su derecho a la libertad sexual. Esta situación de prevalencia se concreta en la afirmación de la sentencia de que "... desde el primer momento se justificó el sometimiento de la misma a la voluntad del acusado, por su condición de inmigrante indocumentada, que la hacía presa del temor a ser expulsada del país y repatriada, lo cual se ha hecho patente a lo largo del procedimiento, siendo este recelo y prevención (que resultan de todo punto racionales y fundados), los que presidieron su actuar desde un principio".

SEGUNDO.- El recurrente denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 C.E ., alegando que la única prueba de cargo es la mentada declaración de la víctima que adolece de las graves contradicciones ya detectadas por el Tribunal que desvirtúan la credibilidad de la misma, negándose, por otra parte, fiabilidad a las declaraciones exculpatorias del acusado.

Es ya doctrina consolidada que el testimonio de la víctima puede constituir prueba de cargo que enerve la presunción de inocencia, aunque sea la prueba única inculpativa, siempre que exista alguna clase de datos o elementos objetivos periféricos o circunstanciales que corroboren de algún modo ese testimonio inculpativo. En el caso presente, la Sala menciona como tales el hecho de la llamada efectuada por la víctima al teléfono de emergencias de la Guardia Civil, "que quedó registrada y desencadenó todo un protocolo de actuación, con aviso a la Policía cuyos pasos quedaron a su vez, formalmente registrados", siendo un dato relevante por la circunstancia de que aquélla era una inmigrante ilegal dedicada a la prostitución y que, a pesar del riesgo de ser expulsada de España, tomara la decisión de solicitar el auxilio policial. Del mismo modo que sirven a ese fin de corroboración los testigos que depusieron en el juicio oral a quien la agredida manifestó haber sido robada y violada.

Resulta importante destacar que es el Tribunal ante el que en condiciones de inmediatez, oralidad y contradicción se practican las pruebas personales de declaración, el único y exclusivo competente para su valoración según dispone el art. 741 L.E.Cr . Esa valoración en conciencia de esta clase de pruebas permiten al juzgador apreciar la verosimilitud de la versión del deponente, la credibilidad del mismo y la fiabilidad de sus manifestaciones. Pero, naturalmente, no existe óbice alguno para que los juzgadores de instancia, en virtud de la soberana y privativa competencia en la valoración de estas pruebas testificales les confiere el Ordenamiento jurídico, pueda otorgar credibilidad al testigo y declarar probados unos episodios de su declaración y rechazar otros, pues precisamente en eso consiste la valoración de la prueba, ya que, de lo contrario, nos encontraríamos supeditados al aforismo "o todo o nada" que repugna al concepto de valoración razonada de la prueba.

En este ámbito, pues, la Sala a quo subraya las inconcreciones y contradicciones de la testigo-víctima "en el extremo relativo a la violencia ejercida", y explica que en la primera declaración ante la Policía Nacional Lina manifiesta que el acusado la agarró por el pelo y la arrojó sobre la cama, no obstante ni en ésta, ni en la primera declaración en sede judicial, manifestó que hubiera recibido golpe alguno o que hubiera sido sujeto de agresión alguna; siendo en la segunda de las declaraciones judiciales en la que indica que le pegó con la mano en el labio inferior, sin aclarar si esta agresión tuvo lugar en el dormitorio, con carácter previo a la agresión sexual o posteriormente en el portal. Siendo en el plenario en cuya sede nos ha indicado que recibió golpes en el dormitorio y una bofetada en el portal. Tal circunstancia de disparidad de versiones, junto al hecho incuestionable de que no acudió a Centro Médico en el que se pudiese evaluar el alcance de sus lesiones, suscitan ciertas dudas sobre el particular que impiden su declaración como hecho probado".

Lo cual -como hemos dicho- nada impide a que considere fiable y creíble otros pasajes de su declaración, y, en particular, la situación de sometimiento al acusado ante la situación de aquélla como residente ilegal en España de la que se habría provechado el acusado para doblegar la voluntad de la mujer y conseguir sus propósitos.

Finalmente, y en relación a la protesta del recurrente de no haberse aceptado la declaración exculpativa del acusado, cabe decir que esta decisión no fue en modo alguno arbitraria o infundada, siendo así que la sentencia argumenta razonadamente sobre esta cuestión, señalando que el acusado a lo largo de la causa ha incurrido en contradicciones absolutas, en sus declaraciones ha dado versiones radicalmente

distintas de la forma en la que se sucedieron los hechos. En tal sentido, sin negar en ningún momento que Lina fue a su casa como consecuencia de que él la llamó por teléfono, en sus dos primeras manifestaciones afirmó que había requerido sus servicios para realizar un contacto sexual, admitiendo, si bien con distintas matizaciones, que habían practicado sexo con consentimiento de Lina ; declaró igualmente que no le pagó y que le sustrajo el dinero que portaba en el interior de su bolso. Posteriormente en la indagatoria, en principio negó tajantemente haber practicado sexo, para luego alegar que no recordaba, manifestando así mismo que había requerido los servicios de una prostituta con la única intención de apoderarse de su dinero. No obstante lo cual en el posterior escrito de conclusiones provisionales que en el plenario fueron elevadas a definitivas, se dice textualmente que "en ningún momento violó a Lina , ya que la misma accedió de forma voluntaria y libre a mantener relaciones sexuales". Por último, en el plenario, al ser interrogado ante esta Sala negó tajantemente haber tenido cualquier contacto físico con Lina y que urdió el plan de llamarla para apoderarse de su dinero, que necesitaba para viajar a Lalín, alegando en justificación de lo expuesto su condición de ludópata.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- El motivo segundo del recurso alega la vulneración de otro derecho fundamental, en este caso el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del *art. 24 C.E.*

La censura se apoya en que según se indica en el encabezamiento de la sentencia, la Ponente es la Ilma. Sra. D^a Leonor Castro Calvo, que es quien le toma declaración al acusado en instrucción, pero también consta en autos que a éste le toma declaración del 11 de noviembre de 2.000 la titular del Juzgado de Instrucción nº 3 de Santiago, que si bien no aparece identificada con nombre y apellidos en dicha declaración, sí aparece identificada en el Auto de 11 de noviembre de 2.000 , que decreta la libertad provisional de mi representado, indicándose al final (folio 21); "Así lo acuerda, manda y firma D^a Leonor Castro Calvo Magistrado-Juez del Juzgado de 1^a Inst. e Instrucción nº 3 de Santiago de Compostela y su partido. Doy fé"

Como fundamento del reproche, el recurrente cita el *art. 219.11º L.O.P.J.* según el cual "son causas de abstención, y en su caso, de recusación: - Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia". Y al respecto añade que "en el presente caso no toda la instrucción se desarrolló ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Santiago, y por su titular, pero sí realizó una actividad instructora relevante, tomándole declaración al imputado". Invoca también la STS de 27 de febrero de 2.001 en la que se declara que "Un Juez de Instrucción que actuó como tal durante la instrucción de la causa se integró con posterioridad en la Audiencia Provincial e intervino indebidamente en el enjuiciamiento. Su actuación durante la instrucción, aún cuando fuese ocasional, no fue en absoluto irrelevante: recibió declaración sobre los hechos a uno de los acusados, lo que le permitió adquirir un conocimiento directo del hecho enjuiciado y formarse un juicio sobre el mismo con anterioridad al enjuiciamiento. Además de ello dictó por propia iniciativa un auto de ampliación del procesamiento de otro de los acusados, lo que implica la previa formación de un juicio sobre su culpabilidad. La participación en el enjuiciamiento, deliberación y votación, de un Magistrado en quien concurre esta condición previa de Instructor, con posibilidad de haberse formado un juicio preliminar por el contacto directo con los materiales probatorios obrantes en la instrucción, vulnera la garantía de imparcialidad del juzgador que ha de vincularse necesariamente a la intervención del mismo en el juicio con independencia de la influencia que su voto pueda tener en el resultado final condenatorio; influencia que en cualquier caso no puede ser conocida dado el carácter secreto de la deliberación".

Lo que ocurre es que esta resolución deja de abordar una cuestión que resulta determinante: a diferencia de otros derechos fundamentales recogidos en el *art. 24 C.E.* , la protección del derecho constitucional a un juez imparcial se encuentra desarrollado y regulado por disposiciones legales, cuales son los *artículos 218 y siguientes L.O.P.J.* y los *artículos 52 y siguientes L.E.Cr.* , donde se establecen las causas y el procedimiento exigible para que el interesado defienda su derecho, a través del instituto de la recusación que debe promover la parte procesal que considere que concurre alguna de las causas legalmente previstas en el *art. 219 L.O.P.J.* y en el *54 L.E.Cr.* y someterse para dicha defensa a las prescripciones legales establecidas a tal fin, porque -necesario es insistir en ello- el derecho al juez imparcial es un derecho de configuración legal en la que la Ley establece los requisitos que deben ser cumplidos y el momento y forma de su ejercicio.

Pues bien, esa normativa legal específica en el *art. 223.1 L.O.P.J.* que la recusación se deberá proponer tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues en otro caso no se admitirá a trámite. De manera que será inadmisibles un planteamiento tardío cuando fue posible hacerlo en el momento procesal adecuado. Esta es la línea seguida, entre otras, en la STS nº 1288/2002, de 9 de julio ,

que cita abundante jurisprudencia y en la STS nº 1431/2003, de 1 de noviembre .

Las citadas normas contienen una configuración legal del derecho al Juez imparcial referida expresa y detalladamente al modo y momento de su ejercicio que condicionan la estimación de la queja a su cumplimiento previo. La ley orgánica establece cual es el momento adecuado para hacer valer el derecho al juez imparcial, y también la sanción para el caso de no hacerlo así, consistente en el rechazo liminar de la pretensión. La posibilidad de plantear la cuestión en casación sin su cumplimiento previo supondría negar validez a tales previsiones normativas.

Por lo tanto, la respuesta a la cuestión planteada ha de ser negativa de conformidad con lo que antes se ha dicho. La ley, con rango de ley orgánica, configura el ejercicio de este derecho estableciendo el mecanismo de la recusación al alcance de la parte que se considere agraviada por la intervención de un Juez que no considere imparcial, e impone que la cuestión se plantee tan pronto se tenga conocimiento de la causa en que se funde. La exigencia es radical, habida cuenta que la sanción para caso de incumplimiento es el rechazo liminar de la pretensión ("no se admitirá a trámite", *artículo 223.1 LOPJ*). Por lo tanto, incluso ante un planteamiento realizado en trámite de recurso, la resolución debería ser la inadmisión del motivo, al tratarse de un planteamiento tardío.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en la STC 140/2004, de 13 de setiembre , señaló que "...hemos afirmado también que no puede alegarse en amparo la vulneración del derecho al Juez imparcial sin haber planteado en tiempo ante los órganos de la jurisdicción ordinaria la recusación del Juez o Magistrado cuya imparcialidad se cuestiona, de forma tal que no cabe apreciar la lesión del derecho invocado cuando el recurrente tuvo ocasión de ejercer su derecho a recusar y no recusó. De manera específica, lo que nuestra jurisprudencia ha exigido, por razón de lo dispuesto en el *art. 44.1 c) LOTC* , es que la invocación en el proceso judicial del derecho fundamental vulnerado se produzca tan pronto como, conocida la vulneración, hubiera lugar para ello, declarando que el ejercicio diligente de la facultad de recusar es «presupuesto procesal de un posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al Juez imparcial, pues normalmente ese incidente es el que permite invocar el derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida la vulneración hubiese lugar para ello y simultáneamente agotar los recursos utilizables dentro de la vía judicial» (SSTC 384/1993, de 21 de diciembre, F. 2; y 210/2001, de 29 de octubre , F. 3)".

Y más adelante, precisó que "nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de declarar que, sin perjuicio de su trascendencia en el proceso constitucional de amparo, la omisión de la recusación no puede ser suplida con posteriores recursos contra la resolución de fondo basados en la alegación posterior a ésta de la concurrencia de una supuesta causa de recusación en alguno de los Magistrados que la han dictado. Según declaramos en el ATC 112/1991, de 12 de abril , «no cabe olvidar que las garantías establecidas en el *art. 24 CE* son aplicables a todas las partes en el proceso y que, de admitirse ahora la infracción denunciada -la del derecho al Juez imparcial formulada por quien tuvo ocasión de recusar-, resultarían lesionados los derechos de la otra parte que, una vez obtenida resolución favorable a sus intereses, se vería privada de la misma por una causa que pudo en su caso ser corregida durante la tramitación del proceso y que no fue alegada hasta conocerse el resultado del mismo»" (véase STS de 23 de noviembre de 2.005).

En nuestro caso, el recurrente no ha utilizado en la instancia el mecanismo de la recusación cuando tuvo conocimiento de la posible causa de recusación que ahora alega en trance de casación, sin que nada se lo impidiera, de manera que esta Sala está obligada por imperativo legal a no admitir la cuestión nueva por disponerlo así terminantemente el *art. 223.1 L.O.P.J .* , antes citado, según el cual, cuando no se proponga en el plazo de diez días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del juez o magistrado a recusar "se inadmitirá la recusación". Naturalmente esta conminación se predica tanto del proceso en la instancia, como en las posteriores sedes jurisdiccionales que deban resolver los recursos que se interpongan.

Como señala la resolución antes citada, no sólo esta Sala está obligada expresamente por ley a no admitir a trámite la recusación en virtud de la normativa referenciada, sino que lo relevante es que la cuestión pueda ser resuelta en la instancia tan pronto como sea posible por el órgano jurisdiccional que pueda poner remedio a la vulneración denunciada, pues no tendría sentido aceptar como criterio válido de actuación la adopción del silencio sobre el particular para pretender la anulación de todo lo actuado al final del proceso, es decir, al interponer el último recurso procedente. Tal forma de proceder afectaría a las exigencias de la buena fe procesal (*artículos 11.1 y 11.2 de la LOPJ*). Por lo tanto, lo trascendente es que, quien entienda que su derecho al Juez imparcial puede verse comprometido, lo haga saber de forma que pueda ser resuelta la cuestión antes de avanzar en la tramitación de la causa. Para ello deberá ajustar su actuación a las normas procesales, las cuales no solo señalan el momento procesal oportuno para el

planteamiento de la pretensión, sino que además regulan su tramitación y establecen sus consecuencias.

En este sentido, las normas vigentes en la materia regulan la utilización de la recusación, estableciendo el momento en que debe ser planteada y la forma en que debe ser tramitada, así como los efectos que tal planteamiento provoca. Para obtener tales efectos es imprescindible ajustarse a las previsiones legales.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- El siguiente motivo se formula por infracción de ley del *art. 849.1º L.E.Cr.*, por entender que dados los hechos que se declaran probados en la sentencia, se ha incurrido en un "error iuris", infringiendo normas penales de carácter sustantivo, en concreto en relación a los *artículos 181.3 y 182 del Código Penal*.

Afirma el motivo, resumidamente, que no consta que la relación sexual se cometiese prevaliéndose el acusado de una manifiesta situación de superioridad sobre la denunciante de la que se hubiese aprovechado éste para conseguir el acceso carnal pretendido. Y señala que la exigencia legal opera en un doble sentido, de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente ("manifiesta"), es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también "eficaz", es decir, que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce.

El recurrente añade que la sentencia considera la concurrencia de esta situación de prevalimiento en las amenazas del acusado de denunciar la condición de inmigrante ilegal para conseguir la expulsión de la víctima como instrumento para que ésta accediese a sus lúbricos deseos, pero que esa situación y actuación del acusado se produjo, según el relato de Hechos Probados cuando "al finalizar el acto [sexual] el acusado le decía y recalaba que no debía contar nada pues era inmigrante indocumentada, insinuándole que en caso contrario, lograría expulsarla". De donde concluye el recurrente que, como indica el "factum" sólo fueron proferidas dichas amenazas tras la realización del acto sexual, para evitar una denuncia, y no con carácter previo para obtener un consentimiento viciado de alguna manera.

Vistas así las cosas, el reproche debería ser estimado.

Sin embargo, la cuestión necesita de un análisis más profundo y minucioso. Así, es cierto que el Tribunal de instancia excluye la calificación de los hechos como violación de los *artículos 178 y 179 C.P.* "al no considerar acreditado que fuese la violencia física o la intimidación ejercida sobre la víctima, lo suficientemente relevantes como para ser la causa determinante de la aceptación de los abusos de los que era víctima. Ello quiere decir, sin duda, que el acusado desplegó un cierto nivel de violencia o intimidación sobre la mujer, creando de ese modo una situación objetiva de amedrentamiento de la víctima con su actuación previa al acceso carnal ("abalanzándose sobre la testigo echándola sobre la cama agarrándola por el pelo para darle la vuelta") que había generado un estado de temor en la mujer "al percatarse de que no se hallaba ante una situación normal", situación anímica de temor que se traduce expresivamente, según también señala el "factum", cuando la víctima consintió en el acceso carnal pidiéndole al agresor "que no le hiciera daño".

Es patente, por tanto, que esa situación de temor generado en la víctima, que había acudido al lugar a prestar un servicio "normal" y que enseguida se percató de que no era así por la actuación agresiva del acusado, ya prevenida al advertir que el acusado le había introducido en una vivienda que no era la acordada para la cita, fue generado y aprovechado por éste para, prevaliéndose de la misma, conseguir el consentimiento forzado de la mujer.

Concurre la situación de superioridad que califica el tipo del *art. 181.3*, y el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Denuncia también el recurrente infracción de ley del *art. 849.1º L.E.Cr.* por entender que dados los hechos que se declaran probados se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo, en concreto los *artículos 237 y 242 del Código Penal*. Y, a tal fin, alega que la sentencia aprecia la concurrencia de un delito de robo, en concreto en su modalidad contemplada en el *art. 242 del Código Penal*, que como es sabido exige violencia o intimidación, cuando según resulta de la misma descripción de hechos y fundamentación jurídica, no quedan acreditados ni la violencia, ni la intimidación previas, todo lo más una violencia posterior.

El motivo no puede ser acogido. En efecto, según relata el Hecho Probado, "al finalizar el acto

[sexual] el acusado, le decía y recalca que no debía contar nada pues era inmigrante indocumentada, insinuándole que en caso contrario, lograría expulsarla. Una vez que el acusado, tras haber eyaculado, obtuvo satisfacción, comenzó a hurgar en el bolso de Lina en busca de dinero, sustrayéndole contra su voluntad 5.000 pesetas".

Si sumamos a la situación objetiva de amedrentamiento ya referida en la que se habían producido los diversos actos sexuales, el hecho de que el acusado hiciera a la mujer tal advertencia o amenaza, no cabe albergar duda de que el sometimiento de la víctima a soportar el expolio sin oponer ninguna resistencia u oposición, estuvo motivado por el grave perjuicio que suponía para ella que el acusado la denunciase por su situación de residente ilegal ante la previsible expulsión de que sería objeto en ese caso. Es claro que esa conminación unida a la situación de temor de la víctima por la indefensión en que se encontraba, produjo un estado de intimidación y acobardamiento en la despojada que facilitó al agente la consumación del ilícito apoderamiento, y que el Tribunal a quo valora acertadamente al señalar que esa amenaza concreta, la que la hacía presa del temor a ser expulsada y repatriada fue determinante de sometimiento de la víctima al acto depredatorio.

SEXTO.- Por el mismo cauce del art. 849.1º se formula el motivo quinto en el que se alega la inaplicación del art. 21.6 C.P ., por no haberse apreciado la circunstancia analógica de ludopatía del acusado.

El reproche se apoya en una suerte de submotivo no especificado por el que disiente de la valoración efectuada por el Tribunal a quo del informe del médico psicólogo, del que el recurrente cita dos fragmentos: "Que trató a Jose Enrique por problemas de ludopatía. Que la primera consulta fue el 14 de abril de 2.000" y "Que esta enfermedad puede afectar a la conducta para conseguir dinero, si la enfermedad es fuerte, puede alterar su conducta, que él se centró en el problema de ludopatía, pero no hizo test de personalidad".

El informe alegado en los términos transcritos por el recurrente no acreditan de la manera irrefutable exigible que el acusado sufriera esa adicción en tal intensidad que pudiera suprimir o minorar los frenos inhibitorios, o, en general, que hubiera producido un déficit mínimamente apreciable de sus facultades cognoscitivas o volitivas en acciones ejecutadas para conseguir dinero, siendo de destacar que el informe únicamente habla de simples posibilidades y no de conclusiones acreditadas.

SEPTIMO.- Ahora por quebrantamiento de forma del art. 850.1º L.E.Cr . al haber sido denegada la práctica de una prueba, consistente en que se librase; "... oficio a telefónica a fin de que informe acerca de llamadas recibidas y/o enviadas en los números de teléfono 678245808, 606677037 y 665756538 referidas al día 4/11/2000. En el supuesto de que los citados números telefónicos no correspondan a la Cía Telefónica, previa identificación del operador, se oficie a éste para que informe acerca de los extremos antes citados".

Como razona el Fiscal al impugnar el motivo, la Sala de instancia denegó la prueba porque el listado de llamadas verificadas desde el teléfono de la denunciante nada aportaría a la investigación de los hechos y porque constaba por diligencia extendida por la policía la llamada efectuada a las 18,44 horas al 091 procedente de SOS de Galicia, en la que se recoge la denuncia inicial. Y es evidente que aunque se hubiera aportado la prueba documental propuesta, la misma carece de trascendencia para la resolución del proceso, ya que es totalmente indiferente que en lugar de una se hubiera realizado otra llamada a la policía, como es indiferente conocer las llamadas que la hermana de la víctima realizó a ésta o viceversa, puesto que la declaración de la víctima era lógica y se encontraba corroborada por ciertos datos de carácter objetivo como la reseña de la llamada telefónica a SOS de Galicia, pero también de la declaración del propio acusado que reconoció parcialmente los hechos y negó haber cometido el abuso sexual.

OCTAVO.- Por último, y también por quebrantamiento de forma del art. 851.1 L.E.Cr ., se aduce ahora que en la sentencia no se expresa clara y manifiestamente cuáles son los hechos que se consideran probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico impliquen predeterminación del fallo.

De hecho, el desarrollo de la censura casacional omite toda alegación en relación con la denunciada falta de claridad del "factum" y la predeterminación del fallo, lo que determina la desestimación de estos dos extremos del reproche. El motivo, socapa de la alegada contradicción fáctica, se dedica a argumentar lo que considera como contradictorio entre los datos que figuran en el relato histórico y la subsunción efectuada por el Tribunal en los tipos penales aplicados, lo que en modo alguno cabe en el marco del quebrantamiento de forma invocado, sino que es materia propia de un eventual error de derecho que debe encauzarse por la vía de la infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr . cuando el recurrente estime que en la declaración

probatoria no figuran los elementos que configuran el delito sancionado.

El motivo debe ser rechazado.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado Jose Enrique contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Sexta, que le condenó por delitos de agresión sexual y robo con violencia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Diego Ramos Gancedo , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.