

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

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que ante Nos pende, interpuesto por el procesado Clemente , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, que le condenó por delito de agresión sexual, obra de quebrantamiento de medida y otro de violencia habitual, absolviéndole de de lesiones del que venía acusado, los Excmos.Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr.D.José Ramón Soriao Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Martínez Bueno.

ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Burgos instruyó Sumario con el número 1/2005 contra Clemente , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Burgos, cuya Sección Primera con fecha seis de octubre de dos mil cinco dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Han resultado probados y así se declaran los siguientes hechos:

1º.- El acusado, Clemente , mayor de edad, de nacionalidad colombiana, casado con Consuelo , tenía decretada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Burgos, una orden de alejamiento que le prohibía acercarse a menos de 300 metros del domicilio de la esposa o acercarse a una distancia inferior a 300 metros a su persona, orden que fue dictada el 31 de octubre de 2004, en el seno del juicio rápido 29/2004, con una duración de seis meses.

A pesar de estar vigente la expresada medida, el día 29 de marzo de 2005, una vez celebrado el juicio oral y al ser acordada la libertad provisional del acusado, cuya prisión fue adoptada en aquella causa, el acusado fue a vivir al domicilio familiar sito en la CALLE000 , 10-8º A. de Burgos con el consentimiento de su esposa, que lo acogió debido a las presiones de su familia.

2º.- Una vez en el domicilio familiar con gestos de tirar cosas al suelo, expresiones como "estos meses de cárcel me los vas a pagar" y empleo de fuerza física, cogiéndola del cuello logró tener en dos ocasiones relaciones sexuales con su esposa en contra de su voluntad, si bien se vio obligada a ello por el temor que le inspiraba y por la violencia que sobre ella ejercía. El día 7 de abril de 2005, alrededor de las 16 horas, el acusado trató de tener de nuevo acceso carnal con ella y ante su negativa la agarró del cuello, si bien no logró finalmente su propósito.

3º.- Ese mismo día sobre las 23.30 horas, el acusado que buscaba a su esposa que había salido de sudomicilio, la localizó en un locutorio sito en la calle Vitoria nº 137, donde se encontraba recargando un móvil, al verla trató de entrar lo que no pudo lograr al estar cerrada la puerta y no serle franqueada la entrada, ante lo cual únicamente dio golpes en la puerta y en el cristal.

4º.- El día 8 de abril de 2005, sobre las 14 horas, la policía sorprendió al acusado cuando con un cuchillo de cocina, sin punta, manipulaba la cerradura para entrar en el domicilio de su esposa, que se encontraba en su interior y no le abrió por miedo.

5º.- El acusado fue condenado por sentencia nº 121/05, de 30 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Burgos , como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar, a la pena de tres meses de prisión, y por sentencia nº 455/04, de 8 de noviembre, dictado por el Juzgado de lo penal de Getafe nº 1 como autor de dos delitos de malos tratos; a la pena de dos meses de prisión. No consta que al cometer los anteriores hechos el acusado, las expresadas sentencias fueran firmes.

Al ocurrir los hechos descritos el acusado se encontraba en España sin permiso de residencia, habiéndose dictado por la subdelegación del Gobierno en Burgos un acuerdo de expulsión de fecha 25 de junio de 2003".

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

" FALLAMOS: Debemos condenar y condenamos al acusado Clemente , como criminalmente responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por los delitos siguientes:

1) Por un delito continuado de agresión sexual, con acceso carnal, ya definido a la PENA DE NUEVE AÑOS DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial de Derecho de Sufragio Pasivo durante el tiempo que dure la condena.

2) Por el delito de quebrantamiento de medida ya definido, la PENA DE MULTA DE DOCE MESES con una cuota diaria de 3 euros.

3) Por un delito de violencia habitual, ya definido a la PENA DE DOS AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

4) Asimismo, debemos absolverle del delito de lesiones del que venía acusado.

Se impone además al acusado la prohibición de acercarse a su esposa a una distancia menor de 300 metros durante DOS AÑOS.

El acusado deberá abonar las tres cuartas partes de las costas devengadas en el proceso.

Se abonará al acusado el tiempo de privación de libertad sufrido en esta causa, si no se le hubiera abonado en otra.

Así por esta nuestra sentencia, que no es firme y cabe contra ella recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, que podrán prepararse en esta Audiencia dentro de los 5 días siguientes al de su notificación para su interposición ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo con arreglo a la Ley, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y que se notificará a las partes en legal forma, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma por el procesado Clemente , 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 dicho recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del procesado Clemente , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del art. 849-1º L.E.Cr . por infracción del art. 468.2 del Código Penal que recoge el delito de quebrantamiento de condena, en este caso, bajo la modalidad de quebrantamiento de medida cautelar. Segundo.- Al amparo del art. 851-3º L.E.Cr . por no haber resuelto la sentencia impugnada las alegaciones por dicha parte formuladas en el acto del juicio en el sentido de valorar si la medida cautelar ordenada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Burgos estaba vigente el día de los hechos enjuiciados en el procedimiento. Tercero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr . por vulneración del art. 24 de la Constitución española al no haberse preservado el principio de presunción de inocencia.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto pidió la inadmisión del mismo con impugnación de los motivos alegados; la sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 10 de Enero del año 2007.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Elementales razones de sistemática casacional (art. 901 bis b)) aconsejan resolver en primer término el motivo formalizado por quebrantamiento de forma, que además constituye un presupuesto para el examen y decisión del primero por infracción de ley con el que se halla en directa relación.

1. El recurrente, acogiéndose a la vía del art. 851-3º L.E.Cr ., denuncia en el segundo motivo incongruencia omisiva o "fallo corto" por no resolver la sentencia la alegación formulada durante el juicio referida a la vigencia, el día de la ocurrencia de los hechos que se juzgan, de la medida de alejamiento acordada por el Juzgado instructor de Burgos.

En la resolución del motivo no debemos olvidar los requisitos que esta Sala viene exigiendo para su prosperabilidad, que son, sintéticamente expuestos, los siguientes:

a) no resolución de una cuestión jurídica o pretensión de carácter sustantivo y no de hecho.

b) que las pretensiones hayan sido actuadas en tiempo y forma con todos los requisitos legales.

c) que su resolución no resulte de modo directo o indirecto en la sentencia, siempre que puedan conocerse los argumentos o motivos en que la decisión se apoya.

También tiene dicho esta sala que el déficit formal puede ser solventado en casación de modo contradictorio si el afectado formula un motivo por infracción de ley que incida en la cuestión sustantiva no resuelta.

2. Las razones expuestas por el motivo no son atendibles, precisamente por aplicación de la referida doctrina jurisprudencial.

En primer lugar no se trata de una cuestión de derecho o pretensión formal debidamente propuesta. Se trata de una cuestión de hecho, esto es, el problema se limita a determinar si la medida de alejamiento, que quebrantó el recurrente, se hallaba o no vigente. A lo sumo podría reputarse una argumentación jurídica.

Por otro lado, bien cuestión de hecho o argumento jurídico, el tribunal de instancia no está obligado a contestar una por una y de modo pormenorizado todas las alegaciones o cuestiones referentes al objeto del proceso que se plantean por las partes, si de una manera genérica se da respuesta suficiente para fundamentar y motivar la decisión judicial.

Por último es de ver que todos los puntos jurídicos objeto de acusación y defensa han sido resueltos, incluso el argumento planteado ha sido tácitamente rechazado, pues la misma sentencia en sus hechos probados y fundamentación dan por vigente la medida cautelar ante la ausencia de decisión expresa que la deje sin efecto. Consta claramente la decisión judicial que la acordó y el tiempo de duración de la misma, que no había terminado cuando sucedieron los hechos que supusieron un quebrantamiento de la medida.

En el fundamento sentencial cuarto se dice con respecto al acusado que éste "... incumplió la orden de alejamiento dictada por el Juzgado de instrucción nº 3 de Burgos el 31 de octubre de 2004 y que estaba plenamente vigente cuando se fue a vivir al domicilio de su esposa...".

Por todo lo expuesto el motivo debe decaer.

SEGUNDO.- El motivo primero, como se anticipó, se articula por corriente infracción de ley, al entender indebidamente aplicado el art. 468-2 C.P .

1. La naturaleza del motivo, derivada del cauce procesal que se utiliza, hace que debemos respetar en todo su contenido, orden y significación el relato probatorio, como preceptúa el

art. 884-3 L.E.Cr ., cosa que no hace el recurrente, que ataca la aplicación de la norma alegando datos y hechos ajenos a los que se declaran probados.

Se pretende interpretar que la orden de alejamiento, con vigor por seis meses, a partir del 31 de octubre de 2001, debió quedar sin efecto cuando la sentencia nº 121 de 30 de marzo de 2005, dictada por un Juzgado de lo Penal de Burgos , condenó por quebrantamiento de medida, pero absolvió por los actos violentos que originaron la adopción de la medida que se dice quebrantada. El recurrente afirma que a partir del día en que se dictó la sentencia absolutoria la medida "ope legis" debía cesar, por lo que los actos del día 7 y 8 de abril no constituían quebrantamiento de la medida en cuestión, que ya no debía estar vigente.

2. El planteamiento realizado no es enteramente correcto.

Por un lado, la incorporación del acusado al domicilio común donde residía la esposa tuvo lugar el día 29 de octubre, el anterior a la fecha de la sentencia, lo que hace que tal conducta no estuviera justificada por el razonamiento impugnativo, aunque lo diéramos por válido, ya que si se entiende que implícita o indirectamente la medida cesó el día 30 de octubre, un día antes estaba vigente.

A su vez, el recurrente no ha tenido en consideración que el art. 803 L.E.Cr . autoriza recurso de apelación de la sentencia, que teóricamente pudo ser objeto de rectificación por el tribunal superior, condenando por los actos violentos sobre los que la sentencia de instancia absolvía. Consiguientemente, el acusado debió tratar de modificar el factum incorporando circunstancias acreditativas de la firmeza de la sentencia antes de quebrantar la orden de alejamiento. Pero, aún probando ese extremo el hecho del día 29 de octubre ya se había realizado, por lo que resultaría también ineficaz la pretendida integración factual.

3. Por lo demás, los hechos que se relatan son plenamente subsumibles en el art. 468-2 C.P ., ya que el acusado era plenamente conocedor de la prohibición de acercarse a la mujer y de entrar al domicilio conyugal. Prueba de ello es que el intento de entrar en la vivienda tratándola de abrir por la fuerza, utilizando un cuchillo de cocina, no es el modo de acceder una persona que tiene derecho a entrar libremente en el inmueble y que ningún obstáculo jurídico se lo impide.

El acceso a la casa el día 29 de octubre se produjo con la aquiescencia de la mujer, a cuyo argumento no se acoge el recurrente, porque es consciente de que el consentimiento de la ofendida en este caso no podría eliminar la antijuricidad del hecho. Primero, porque el consentimiento estaba condicionado o viciado por "presiones de la familia", según rezan los hechos probados; y segundo, porque la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal -que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla- pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto (S.T.S. nº 1156/2005, de 26 de septiembre y nº 69/2006, de 20 de enero).

En definitiva, ningún error de derecho se aprecia en la subsunción llevada a cabo por la Audiencia Provincial.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr . denuncia en último lugar la violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia contemplado en el art. 24-2 C.E .

1. El recurrente entiende que la condena se ha basado en un único elemento probatorio de cargo consistente en el testimonio de la víctima del delito, que a todas luces reputa insuficiente.

LLeva a cabo un análisis de los criterios o filtros que esta Sala suele utilizar como instrumentos auxiliares que facilitan una base argumental sobre la mayor o menor

credibilidad que puede ofrecer la declaración de la víctima. Examina la ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones previas entre acusado y víctima, las corroboraciones objetivas de carácter periférico y la persistencia en la declaración de la afectada, sin contradicciones o ambigüedades.

2. El recurrente al proceder así lo que hace es valorar desde su particular punto de vista el testimonio de la acusada, lo que no le es permitido dada la exclusividad judicial de tal función (art. 741 L.E.Cr.).

Las declaraciones de la víctima, que han de ser analizadas con escrupulosidad, constituyen prueba válida para enervar la presunción de inocencia y el tribunal de instancia las analizó en todos sus pormenores, obteniendo las condignas consecuencias.

En cuanto a la existencia de móviles específicos como impulsores de un testimonio falaz, la sentencia los excluye abiertamente y lo justifica en el hecho de que de ser así la mujer nunca hubiera permitido al recurrente entrar en casa, y si lo permitió, la posterior resistencia a que siguiera entrando obedeció a los graves hechos acontecidos. En cualquier caso, de tratarse de una estratagema de la mujer para denunciar al recurrente a los tribunales, no sería imaginable que en su propio perjuicio el acusado intentara de nuevo entrar, pues de hacerlo se vendría abajo el argumento de que todo fue un "montaje" de la esposa.

Respecto a la existencia de datos corroboradores, la Audiencia también contó con el testimonio del hijo común que, tanto durante la instrucción como en el plenario, afirmó que llegó a interrumpir un incidente entre los padres, como consecuencia del cual tuvo que quedarse a dormir en el sofá con su madre. A ello debe añadirse lo depuesto por los agentes de policía que acuden al domicilio cuando madre e hijo se hallan atemorizados dentro de la vivienda ante el intento del acusado de entrar a ella por la fuerza, manipulando con un cuchillo la cerradura.

Por último, en orden a la uniformidad e invariabilidad de la declaración, la propia víctima aclaró en juicio que las lesiones que declaró haber sufrido no fueron con ocasión del intento de entrada en el locutorio telefónico por parte de su marido, sino que fue en casa cuando se las produjo, lo que resulta plenamente creíble en armonía con todo lo demás declarado.

Existiendo prueba de cargo suficiente, debidamente introducida en el juicio oral, en donde se practicó con respeto a los principios que lo rigen, especialmente el de contradicción, prueba que fue razonablemente valorada y ponderada, es visto que no nos hallamos ante un vacío probatorio, y los hechos y su autoría han quedado plenamente acreditados en los términos que la sentencia refleja.

El motivo se desestima.

Las costas del recurso se imponen al recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 L.E.Criminal.

FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación del procesado Clemente contra la sentencia dictada por la audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, de fecha seis de octubre de dos mil cinco, en causa seguida al mismo por delito de agresión sexual y con expresa imposición a dicho recurrente de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, a los efectos legales pertinentes, con devolución de la causa, si se hubiera remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Andrés Martínez Arrieta José Ramón Soriano Soriano José Manuel Maza Martín Luis- Román Puerta Luis

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