

Roj: **STS 4998/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:4998**Id Cendoj: **28079120012013100755**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/09/2013**Nº de Recurso: **10426/2013**Nº de Resolución: **767/2013**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Septiembre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de **Luis Manuel**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Sexta) de fecha 4 de marzo de 2013 en causa seguida contra Luis Manuel, por delito de violación, los Excmos. Sres. 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 citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por el procurador don Miguel Torres Álvarez y como parte recurrida María Virtudes representada por la procuradora doña Soledad Fernández Urias. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de instrucción núm. 2 de Móstoles instruyó sumario núm. 2/2012, contra Luis Manuel y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Sexta) rollo de Sala 8/2012 que, con fecha 4 de marzo de 2013, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

" Sobre las 7 horas del día 19 de marzo de 2011, el procesado Luis Manuel, mayor de edad, con DNI NUM000, y sin antecedentes penales, se encontraba en el Parque Lineal el Soto de la localidad Móstoles (Madrid), cuando de forma súbita y por la espalda, abordó a María Virtudes, de 19 años de edad, que se dirigía a su casa, tapándole la boca y agarrándole el brazo, al tiempo que le decía que se callase, que no hiciera nada y que la iba a violar, sujetándola fuertemente por las muñecas y brazos y empujándola hacia otro lugar más apartado, haciendo caso omiso a los ruegos de ésta, que sorprendida y asustada le pedía que le dejara ir, e impidiéndole soltarse, logrando no obstante en un momento dado zafarse y echar a correr, aunque fue alcanzada en unos metros por el procesado, que la tiró al suelo, diciéndole para asustarla "te vas a ganar una hostia", conduciéndola acto seguido, pese a sus gritos y ruegos, a un lugar más recogido, junto a una valla próxima a la vía del tren y un túnel, donde dirigiéndose a María Virtudes, tras bajarse la cremallera del pantalón y sacar su pene, le dijo que se la chupara, poniéndola de rodillas, al tiempo que le agarraba por el pelo y la dirigía hacia él, oponiéndose María Virtudes en un primer momento, aunque no tuvo más remedio que acceder a causa del miedo generado por el procesado, introduciendo éste su pene en la boca de María Virtudes, obligándola a realizarle una felación, sin que el procesado llegara a eyacular.

A continuación el procesado le dijo que se levantara y le diera su ropa interior, a lo que ella se negó, diciéndole el procesado que si se la daba le dejaba irse, ante lo que María Virtudes, creyendo que iba a ser liberada, se quitó los zapatos, pantalones, y tanga, dándoselos al procesado, que interpelado para que cumpliera lo dicho y la dejara irse, lejos de permitirlo, tiró la ropa a las adyacentes vías del tren, riéndose, y mofándose de María Virtudes, diciéndole en tono burlesco "¿y ahora qué?, venga ponte a cuatro patas", momento en que María Virtudes echó nuevamente a correr tratando de huir, siendo alcanzada y agarrada por el procesado, ante lo que



trató de agarrarse a un árbol, siendo derribada por el procesado, quien además le propinó diversas patadas en el costado para que se levantara.

Una vez incorporada, se agarró a la valla de la vía del tren adyacente, momento en el que el procesado, situándose detrás de ella, le introdujo el pene en la vagina, oponiéndose *María Virtudes*, aunque no tuvo más remedio que acceder a causa del temor generado y la posición dominante del procesado, que le decía si le gustaba y si había hecho alguna vez el sexo anal, para a continuación, haciendo caso omiso a las súplicas de *María Virtudes* que le pedía que no lo hiciera, y tras decirle que no estaba en condiciones de elegir, introducirle el pene en el ano, oponiéndose *María Virtudes*, aunque no tuvo más remedio que acceder a causa del miedo que tenía al procesado, que durante le (sic) penetración le mordió con fuerza la cara, hombros, brazos y nalgas, al tiempo que le decía si estaba excitada y que estaba muy rica, apartándose más tarde de ella.

En ese momento, cuando *María Virtudes* se incorporó y trataba de encaminarse fuera del parque, el procesado, dirigiéndose nuevamente a ella, le dijo que se la chupara otra vez, a lo que *María Virtudes*, asustada nuevamente por la situación y el miedo a mayores daños en su integridad física, accedió, introduciendo el procesado su pene en la boca de *María Virtudes*, obligándola a realizarle una felación, sin que llegara a eyacular.

Posteriormente el procesado se acercó amistosamente a *María Virtudes* diciéndole que habían ido de fiesta y que los dos se los (sic) habían pasado muy bien, despidiéndola y dejándola marchar desnuda de cintura a los pies, al tiempo que le requería para que le besara.

A consecuencia de la agresión, *María Virtudes* sufrió heridas consistentes en: Policontusiones (región parietal izquierda, labio superior, hombro izquierdo), erosiones lineales, tipo arañazo, en hemicara izquierda y región laterocervical izquierda, hematoma de tres centímetros de diámetro, con lesión eritematosa circular, compatible con mordedura humana, en región deltoidea izquierda, hematoma de unos cuatro centímetros de diámetro, con lesión eritematosa circular compatible con mordedura humana en región glútea izquierda, erosión en rodilla derecha, excoriación de 2X2 cm en rodilla derecha, dos excoriaciones de unos dos centímetros de diámetro en el dorso del pie izquierdo, y esguince en tobillo izquierdo.

Estas heridas precisaron para su curación limpieza y curas locales periódicas, vendaje compresivo, antiinflamatorios, tardando en curar veintiséis días, de los que diez estuvo imposibilitada para la realización de sus actividades habituales, quedando como secuelas una cicatriz de características normales de aproximadamente 2X1 cm en rodilla izquierda, y otra cicatriz de características normales de aproximadamente 1X1 cm en ante-pie izquierdo.

A consecuencia de la agresión, *María Virtudes* sufrió trastorno por estrés postraumático, en grado agudo, siguiendo tratamiento psicológico por esta causa, y que ha remitido".

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

" FALLAMOS : Que debemos condenar y condenamos al procesado *Luis Manuel* como responsable en concepto de autor de un delito de violación, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de NUEVE AÑOS de PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE a *María Virtudes*, a su domicilio y lugar de trabajo a una distancia inferior a mil metros, y COMUNICARSE con ella por cualquier medio, todo ello durante un periodo de DOCE AÑOS.

El procesado abonará las costas procesales, con inclusión de las de la acusación particular, e indemnizará a *María Virtudes* en la cantidad de mil ochocientos euros (1.800 euros) por las lesiones causadas y en la cantidad de treinta mil euros (30.000 euros) por daños morales, indemnizaciones que devengarán los intereses legales.

Conclúyase conforme a derecho la pieza de responsabilidad civil y para el cumplimiento de la pena impuesta se abona al procesado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, 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 legal del recurrente *Luis Manuel*, basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Al amparo del art. 852 de la LECrim, por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24 CE. **II.-** Al amparo del art. 852 de la LECrim, por infracción del derecho a la presunción de inocencia, art. 24 CE. **III.-** Al amparo del art. 849.2 de la LECrim, por error de hecho en la apreciación de la prueba. **IV y V.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 de la LECrim. **VI.-** Por quebrantamiento de forma, al



amparo del art. 850.3 de la LECrim . **VII.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.3 de la LECrim . **VIII y IX.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851,1 de la LECrim .

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 30 de mayo de 2013, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

Sexto.- Por providencia de fecha 2 de septiembre de 2013 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 19 de septiembre de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1 .- La sentencia núm. 128/2013, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid , fechada el día 4 de marzo de 2013, condenó al acusado Luis Manuel , en calidad de autor de un delito de violación, a la pena de 9 de años de prisión, así como a la prohibición de aproximarse a María Virtudes a su domicilio y lugar de trabajo, a una distancia inferior a 1.000 metros, y a la prohibición de comunicarse con ella, por cualquier medio, durante un período de 12 años. Asimismo fue condenado a las accesorias legales y al pronunciamiento de responsabilidad civil que se recogen en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la representación legal del condenado. Se formalizan nueve motivos, algunos de los cuales, por su coincidencia argumental y esquema sistemático, van a permitir una metodología remisoría, con el fin de evitar innecesarias repeticiones.

2 .- El recurrente agrupa el tratamiento de los motivos primero y segundo. Con citas de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , se denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la CE , invocación que se completa con la alusión a otros principios -seguridad jurídica (art. 9.3 CE)- y derechos -a utilizar los medios de prueba pertinentes, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)-. El segundo motivo centra su impugnación en la infracción del derecho a la presunción de inocencia.

A) Explica el la defensa del recurrente que "*... en la audiencia preliminar se ofreció por el Presidente del Tribunal una conformidad de 6 años de prisión y accesorias que fue aceptada por mi representado, que lleva más de año y medio en prisión provisional siendo inocente de los delitos que se le imputan, con el único ánimo de la pronta consecución de beneficios penitenciarios. Aceptada la conformidad con ese único ánimo por D. Luis Manuel fue rechazada por la acusación particular por lo que se celebró un juicio que debe ser declarado nulo al iniciarse ya con un fallo predeterminado*".

La disposición del acusado a aceptar ese acuerdo -logrado tras la visita del Letrado al calabozo- se vio frustrada cuando la acusación particular rechazó la conformidad y expresó su deseo de continuar el juicio. En ese momento -se razona- la presunción de inocencia había desaparecido y, con él, el derecho a un juicio con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. No otra consecuencia era previsible del conocimiento que tuvo el Presidente del Tribunal de la aceptación de la culpabilidad del acusado.

El motivo no puede ser estimado.

Una constatación inicial condiciona el desenlace del motivo: no existe en la causa soporte digital, ni documento de cualquier otra naturaleza, que acredite que la secuencia de la que se queja el recurrente, tuvo efectivamente lugar. Lo que la defensa denomina *audiencia preliminar* es un trámite procesal inexistente en el procedimiento ordinario por el que la causa fue tramitada. Esta Sala ha proclamado en distintas ocasiones -no con la deseable uniformidad- la diferencia entre el significado procesal predicable del *turno de intervenciones* del art. 786.2 de la LECrim y el que es propio de los artículos de previo pronunciamiento, regulado en los art. 666 y ss de la misma ley procesal (cfr. STS 464/2010, 30 de abril y 1383/2003, 27 de octubre). En el presente caso, el acta del juicio oral recoge las alegaciones planteadas por la defensa como "*cuestión previa*", referidas a la posible vulneración de derechos fundamentales originada por los términos en que fue practicada la prueba de ADN. Sin embargo, nada se dice de la oferta de conformidad suscitada por el Presidente ni, lo que es más importante, de la posible reacción de la defensa. Este hecho convierte el discurso impugnativo del Letrado recurrente en puras alegaciones defensivas, tan legítimas como ausentes del indispensable respaldo documental.

Sea como fuere, el argumento que alimenta el motivo parte de la errónea equiparación de esa oferta de rebaja de pena que habría suscrito el Presidente a un frustrado trámite de conformidad. De entrada, las penas solicitadas por el Fiscal y la acusación particular -10 y 12 años de prisión respectivamente- impedían la conformidad. Así se desprende del art. 688, párrafo 2º, que obliga al Presidente a preguntar al procesado si se



conforma con la pena solicitada, sólo en el supuesto de que la "... *la causa que haya de verse fuese por delito para cuyo castigo se pida la imposición de pena correccional*". La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado, atendiendo al sentido histórico de la pena correccional y a lo dispuesto en el art. 787.1 de la LECrim, que el juicio de conformidad ha de moverse, en todo caso, en un límite de pena inferior a 6 años de prisión (cfr. STS 938/2008, 3 de diciembre y Circular 2/1996 de la Fiscalía General del Estado). Las penas solicitadas por el Fiscal y la acusación particular hacían inviable, por tanto, cualquier acuerdo que permitiera un desenlace consensuado entre las partes, como expresión de una *justicia pactada* que, por su propia naturaleza, es inidónea para el enjuiciamiento de delitos de especial gravedad, como el que iba a ser objeto de enjuiciamiento.

A ese primer obstáculo, que la defensa obvia en el desarrollo del motivo, habría de añadirse otro que neutraliza la impugnación formalizada. Y es que el reproche implícito a la acusación particular por haberse negado a aceptar la conformidad negociada anticipadamente carece de todo sentido. Conforme al art. 689 de la LECrim, si además del Fiscal existieran otras acusaciones personadas en la causa, "... *se preguntará al procesado si se confiesa reo del delito, según la calificación más grave*". De ahí que la supuesta obtención de una respuesta favorable del procesado, tras la entrevista con su Letrado, habría resultado en todo caso precipitada, pues la viabilidad de la conformidad -en aquellos supuestos en los que la ley lo autoriza- está subordinada a que se acepte la pena más grave de las solicitadas por las acusaciones (cfr. Arts 689, 787.1, 784.3 LECrim). La acusación particular, en definitiva, no es en nuestro sistema una parte activa ajena al expediente de la conformidad. La no rebaja por la defensa de la víctima del tope cuantitativo de la pena solicitada, no es un acto procesal de insolidaria intransigencia. Antes al contrario, forma parte del legítimo ejercicio de las facultades que su estatuto procesal le confiere.

Sí habría desbordado de forma manifiesta el régimen jurídico de la conformidad la iniciativa del Presidente ofreciendo, por sí mismo, una propuesta de pena al procesado. Tal forma de proceder, de haber acaecido realmente y si hubiera sido acreditada, comprometería gravemente el estatuto constitucional de quien está llamado al ejercicio de la función jurisdiccional. Ni el titular de un órgano unipersonal, ni el Presidente de un órgano colegiado, pueden adoptar iniciativa alguna tendente a ofrecer un acuerdo de conformidad. El órgano judicial no puede sumarse a la iniciativa del Fiscal y de las partes en la búsqueda de una sentencia pactada. Lo impide su condición de tercero imparcial al que la LECrim reserva el trascendente papel de fiscalizar si los términos en que esa conformidad ha sido libremente pactada por acusación y defensa puede resultar homologable (cfr. Arts. 787.3, 4 y 5 y 787.3 LECrim). El órgano jurisdiccional, en fin, no es actor de la conformidad, sino garante de que ésta reúne los requisitos indispensables -voluntariedad, conocimiento de su trascendencia y corrección de la pena interesada- para ser aceptada y para servir de presupuesto de una condena penal. De lo contrario, se subvierte de forma grave el esquema jurídico concebido por el legislador para rodear de garantías tan singular forma de allanamiento en el proceso penal. La intervención del Juez alentando la conformidad y, en su caso, explicando las bondades del acuerdo y las consecuencias negativas de su posible rechazo por el acusado, a buen seguro, ha de generar en éste la lógica desorientación acerca de sus derechos como parte pasiva y de las expectativas de defensa de su inocencia que haya podido abrigar durante la investigación de la causa. Quien ha de apreciar en conciencia las pruebas practicadas en el plenario (art. 741 LECrim) no puede anticipar un velado juicio de culpabilidad, exteriorizando las bondades de un acuerdo por él mismo promovido y cuya viabilidad presupone que un acusado, sin necesidad de juicio, es merecedor de las penas propuestas. Si lo hace, desborda y compromete la necesaria imparcialidad, exponiéndose a la activación de los mecanismos jurídicos previstos para alejar toda sospecha de parcialidad. Es posible que ese activismo del órgano judicial para promover el mayor número de conformidades, no sea ajeno a razones directamente ligadas a la agilización de los procesos a su cargo. Pero ni las cifras estadísticas, ni el mayor o menor grado de entusiasmo profesional en el ejercicio de los deberes del cargo, pueden justificar el grave quebranto del estatuto constitucional del Juez. Las garantías que rigen el proceso penal se difuminan de forma irreparable cuando quien es Juez se convierte en parte, entrometiéndose en la búsqueda de un acuerdo que sólo incumbe a las acusaciones y defensas. El acusado no puede percibir que el mayor interesado en que acepte su propia condena es el Juez inicialmente llamado a valorar las pruebas ofrecidas en su contra. La sugerencia por aquél de cualquier rebaja en la pena pedida con carácter provisional por las partes y la advertencia de los efectos de su rechazo, degradan, todavía más, la debilidad de la posición del ciudadano en el momento en que el Estado actúa el ejercicio del *ius puniendi*.

Tiene por ello toda la razón el Fiscal cuando recuerda en su informe de impugnación que, aunque nada diga la LECrim al respecto, parece necesario que las conversaciones para tratar de una posible conformidad entre las partes se produzcan a espaldas del Juzgador. En el *Protocolo 1 de abril de 2009*, suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía, se señala en el art. 5.3.2 que en el juicio oral "... *el pacto de conformidad se desarrollará con la sola presencia del Ministerio Fiscal y la defensa del acusado, de forma que se preserve la confidencialidad de la negociación*".



Sin embargo, quien ahora invoca la vulneración de sus derechos constitucionales, según se observa en el acta, no expresó queja alguna por esta circunstancia que ahora afirma. Con ello impide que su queja pueda ser tenida como acreditada y, por tanto, analizados sus hipotéticos efectos sobre el contenido material del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

B) El segundo de los motivos denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que habría estado originada por el hecho de que las muestras biológicas que permitieron la obtención del perfil genético del acusado, fueron tomadas de forma irregular, cuando aquél se hallaba detenido y sin asistencia letrada, en los calabozos policiales.

Las garantías asociadas a la toma de muestras biológicas para determinar el perfil de ADN del imputado, han sido objeto de examen por la jurisprudencia de esta Sala. El Fiscal, en su escrito de impugnación del recurso, desarrolla un encomiable análisis del estado de la cuestión en el ámbito doctrinal y de los precedentes de esta Sala. Baste ahora apuntar cómo la STS 827/2011, 25 de octubre, también dictada en un supuesto de violación, proclamó "... la importancia de que la toma de muestras de saliva u otros fluidos para obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado, se realice con respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva. Y su inmediata consecuencia, esto es, la incorporación al registro creado por la LO 10/2007, 8 de octubre, no es cuestión menor.

Sobre esta materia ya nos hemos pronunciado en la STS 685/2010, 7 de julio. Decíamos entonces que <...resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados:

a) En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.

b) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.

c) en aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita -hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados>.

En suma, conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos sean necesarios para la definición de su perfil genético. Ello no es sino consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24. 2 CE). Así se desprende, además, de lo previsto en el art. 767 de la LECrim .

No es objeto de este recurso determinar las consecuencias de la infracción del derecho de asistencia letrada respecto de los perfiles genéticos que hayan podido incorporarse a la base de datos. El examen de los efectos que esa quiebra podría acarrear, desde el punto de vista probatorio, sólo podrá ser el resultado de la ponderación del caso concreto y de las circunstancias que lo individualicen" .

Y se da la circunstancia, en el caso que está siendo objeto de examen por la Sala, que la prueba de ADN, más allá de cómo llegaron a obtenerse las muestras, no ha tenido relevancia alguna en la formulación del juicio de autoría. De hecho, la Audiencia Provincial, en el último de los párrafos que integran el FJ 1º, expresa la irrelevancia probatoria de esa diligencia, hasta el punto de afirmar sin ambages que va a prescindir de su contenido en el proceso de valoración probatoria: "... considera este Tribunal que la pretensión de la defensa del procesado debe ser rechazada, y ello sin necesidad de entrar a fondo de la cuestión planteada, pues la toma de muestras biológicas del procesado para su posterior cotejo tenía como finalidad descubrir al autor de los hechos denunciados, pero dado que el procesado reconoció ante el Juez de instrucción que la persona que estuvo con María Virtudes la noche de los hechos era él, aunque expusiera que la relación sexual fue consentida, ya no era necesaria la realización de los cotejos de las diversas muestras de ADN, pues ya se conocía la identidad de la



persona que estuvo con la denunciante, y de hecho este Tribunal no va a realizar referencia alguna a las pruebas de ADN obrantes en la causa".

En consecuencia, mal puede la Sala aceptar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por la práctica irregular de una prueba que, como declara el Tribunal *a quo* de forma inequívoca, no llegó a integrarse en la apreciación probatoria. La hipotética vulneración del derecho a la presunción de inocencia sólo podría estar relacionada con la legalidad o ilegalidad de elementos de cargo asumidos como tales por el órgano decisorio, no por aquellos expresamente rechazados en la instancia.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado (arts. 884.4 y 885.1 LECrim).

3 .- El tercero de los motivos, al amparo del art. 849.2 de la LECrim , denuncia infracción de ley, error de hecho en la apreciación de la prueba.

A juicio de la defensa de Luis Manuel , la condena de éste se fundamenta básicamente en la declaración de la testigo María Virtudes . Sin embargo, ese testimonio estaría plagado de contradicciones y falsedades. La falta de verdad se extiende a toda la versión de los hechos y contradice, no sólo otras declaraciones testificales, sino el contenido de documentos que no han sido valorados por la Audiencia.

Se alude, por ejemplo, a la inexistencia de dos salidas de Metro en la estación de la Universidad Juan Carlos I, frente a lo que había explicado la denunciante; al desajuste cronológico de la versión de la víctima; a la declaración de otros testigos que no pudieron identificar al procesado a partir de las fotos obtenidas de las cámaras de seguridad; a las contradicciones de María Virtudes acerca de la secuencia de penetraciones sufridas; a la ausencia de restos seminales en las cavidades de la víctima; a la falta de concordancia entre la declaración de la denunciante y la morfología de las lesiones padecidas; a la voluntariedad por parte de María Virtudes en el instante de desprenderse de la chaqueta rosa que vestía en aquel momento; a la más que posible presencia de terceras personas en el lugar del hecho; a lo inexplicable de que, una vez terminado el acto, la víctima le ofreciera el número de teléfono y la dirección de *tuenti* ; a la falta de lógica de la actuación del conductor de la furgoneta oscura, que habría recogido a María Virtudes y trasladado a ésta a su domicilio, sin sorpresa alguna por el hecho de encontrarse la víctima desnuda de cintura para abajo; y, en fin, a la existencia de más de una visita al hospital al inicio de las diligencias.

El motivo es insostenible. De entrada, su formalización se aparta de las exigencias técnicas impuestas por el art. 849.2 de la LECrim , lo que le hace incurrir en la causa de inadmisión -ahora desestimación- prevista en el art. 884.4 de la LECrim . Como es notorio, el documento al que se refiere la vía casacional escogida no se identifica con los actos procesales documentales. No son las pruebas testificales, ni la declaración del acusado, ni las contradicciones de los que deponen en el plenario, las que pueden fundamentar el error en la valoración de la prueba a que se refiere el apartado 2 del art. 849 de la LECrim . Respecto de la declaración de los testigos, su insuficiencia para integrar el concepto casacional de documento ha sido tantas veces proclamada por esta Sala, que resulta ahora innecesario justificar su rechazo con grandes esfuerzos argumentales. Se trata, como es sabido, de pruebas personales que han sido documentadas en la causa, careciendo en casación del significado probatorio que pretende atribuírsele. Su valoración es inseparable de la proximidad del órgano de instancia a la fuente de prueba. De ahí que la tenacidad del recurrente pretendiendo acreditar el supuesto error decisorio del Tribunal *a quo*, resulta manifiestamente estéril (cfr. SSTS 76/2013, 31 de enero ; 546/2007, 12 de junio y 795/2007, 3 de octubre).

Pese a todo, en la medida en que la línea argumental de la defensa lo que pretende es reaccionar ante lo que considera insuficiencia de pruebas para avalar la autoría de Luis Manuel , la Sala ha examinado con detenimiento sus alegaciones y ha llegado a una inevitable conclusión desestimatoria. En efecto, el razonamiento que late en el motivo parece negar significado incriminatorio al testimonio de la víctima, a los informes periciales, a la naturaleza y posible etiología de las heridas padecidas y, como pone de manifiesto la Audiencia, a las manifiestas contradicciones del procesado. Éste no conocía a Luis Manuel , por lo que no existían razones que apunten a un móvil de resentimiento o enemistad. La STC 9/2011, 28 de febrero recuerda que el testimonio de las víctimas, practicado con las debidas garantías, tiene consideración de prueba testifical y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso (entre otras, SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, FJ 4 ; 173/1990, de 12 de noviembre, FJ 3 ; 229/1991, de 28 de noviembre, FJ 4 ; 64/1994, de 28 de febrero , FJ 5 y STC 195/2002, de 28 de octubre , FJ 4).

El valor procesal de esa declaración está corroborado por otras pruebas que militan en la misma dirección. La Sala hace suyas las palabras del Fiscal cuando llama la atención, glosando el FJ 3º de la sentencia recurrida, acerca de las múltiples lesiones que presentaba la víctima; o que los forenses explicaron que no podían ser autoinfligidas -no es posible físicamente morderse en ciertas partes del cuerpo-; la declaración de los agentes policiales que relataron que se hallaba desnuda de cintura para abajo y describieron sus lesiones y situación



de nerviosismo y llanto; el hallazgo de la ropa en el lugar en el que la testigo dijo que le obligó a arrojarla el acusado; la declaración de los agentes señalando que por ese lugar se comprobaron que no pasaba nadie o el informe psicológico del estrés postraumático.

Tampoco vulnera el contenido del derecho proclamado por el art. 24.2 de la CE el que la Sala destaque las contradicciones en que incurrió el procesado a lo largo del procedimiento. No se trata de proclamar la condena sin otros elementos de cargo que esas contradicciones. De lo que se trata es de valorar la falta de lógica de esas explicaciones como elemento expresivo de la poca credibilidad del procesado. Luis Manuel ha sido declarado autor de un delito de violación con fundamento en la amplia y consistente prueba ofrecida por las acusaciones. Las incoherencias del acusado no están en la base de su condena, pero sí apuntalan el intrínseco valor probatorio de los verdaderos elementos de cargo ponderados por la Audiencia Provincial. Es desde esta perspectiva como cobra pleno sentido el razonamiento que integra el primero de los apartados del FJ 4º: En él puntualiza el Tribunal *a quo* que, en la primera y segunda declaración -folios 145 a 147, comisaría de policía y 288 y 289, Juzgado de instrucción-, el procesado negó todos los hechos. Manifestó que no había estado con ninguna chica ni mantenido relaciones sexuales. En su tercer interrogatorio -folios 388 y 389, Juzgado de instrucción-, cuando ya había sido reconocido por la víctima en la rueda practicada, cambió su declaración y dijo reconocer las fotos de la chica como una compañera del instituto Rosales, pero que no llegaba a poner cara aquella con la que estuvo la noche del 19 de marzo. Añadió que esa misma noche había estado con Borja y que bebió mucho. Estuvo dando vueltas para que se le pasara la borrachera. Recuerda haber masturbado a la chica, pero que él no pudo hacer nada porque no alcanzó erección. No hubo penetración vaginal ni anal. No hubo violencia ni llegó a forzar a nadie. Recordó los pantalones de la chica al otro lado de la valla del tren. Llegó a reírse de la situación. Insistió en que no había llegado a eyacular y que cuando terminaron la relación, intercambiaron la cuenta del *tuenti*. Admitió la posibilidad de haber enviado un mensaje a la víctima por esa red social usando el nombre de Carolina. Esta segunda versión de lo acaecido -aclaran los Jueces de instancia- fue mantenida en la declaración indagatoria y en el acto del juicio, en el que admitió el contacto sexual con María Virtudes, aunque atribuyéndole un carácter voluntario, ausente de cualquier penetración.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 884.4 y 885.1 LECrim).

4 .- Los motivos cuarto y quinto -también agrupados sistemáticamente por la defensa- ser formalizan al amparo del art. 850.1 de la LECrim. Denuncian denegación de pruebas pertinentes que fueron indebidamente rechazadas por la Audiencia Provincial.

En el desarrollo del motivo se reivindica la vulneración del derecho a valerse de los medios de prueba necesarios para la defensa, que se habría visto infringido por la negativa del Tribunal *a quo* a admitir toda una batería probatoria interesada, tanto en el escrito de conclusiones provisionales, como en el plenario. Concretamente, se propugnaron sin éxito, en el escrito de defensa, las siguientes pruebas: a) una pericial biológica que ampliara las conclusiones del Instituto Nacional de Toxicología "*... ordenando la ampliación de los resultados a los perfiles genéticos esos otro varones encontrados en los fragmentos de cromosoma <Y> estudiados*" (*sic*); b) documental consistente en dirigir atento oficio a la compañía de telefonía móvil a la que pertenecía el terminal de María Virtudes, con el fin de conocer las llamadas realizadas y recibidas desde ese número de teléfono entre las 05,00 y las 09,00 horas del día 19 de marzo de 2011. Conocidos los números debería procederse a la identificación de los interlocutores.

Ya en el acto del plenario fueron rechazadas otras pruebas, como la incorporación a la causa de un plano del lugar de los hechos y posibles rutas y tiempos empleados en los traslados de María Virtudes el día 19 de marzo de 2011; un reportaje fotográfico de la red social *Tuenti*, en el que se reflejaban distintas fotos de la víctima; y unas fotografías del lugar de los hechos "*... donde se puede comprobar los tipos de árboles, ausencia de escondites y altura de la valla*".

El rechazo de la propuesta probatoria estuvo más que fundado. Sobre los efectos jurídicos de la denegación de prueba - apuntábamos en las SSTS 455/2012, 1 de junio ; 326/2012, 26 de abril y 827/2011, 25 de octubre-, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones, de lo que es muestra elocuente la STC 121/2009, 18 de mayo. De acuerdo con esta resolución, para apreciar la relevancia constitucional de esa denegación, ha de acreditarse "*... que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada «era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución... carga de la argumentación [que] se traduce en la doble exigencia de que el recurrente acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se*



hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa. De no constarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 185/2007, de 10 de septiembre , F. 2), STC 258/2007, de 18 de diciembre , F. 3; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero, F. 4 ; 316/2006, de 15 de noviembre, F. 3.c ; 152/2007, de 18 de junio , F. 2, todas ellas en relación con la prueba penal) "

Ninguna indefensión se ocasionó al procesado con la decisión denegatoria.

Respecto del rechazo referido a la práctica de una nueva prueba de ADN, olvida el Letrado de la defensa que la existencia de una relación sexual entre Luis Manuel y María Virtudes , era un hecho no controvertido en el proceso, pues contaba con la aceptación del procesado. Lo que fue objeto de discusión y estaba sometido al desafío probatorio que incumbe a las partes acusadoras, tenía relación con el medio -violento o no- empleado para la ejecución del acceso carnal y con la existencia o ausencia de penetración. Nada iba a esclarecer, delimitado así el objeto del proceso, una nueva prueba de ADN, cuya falta de necesidad era más que evidente. Como destaca el Fiscal, carecía de sentido la pretendida investigación de un segundo sujeto varón a que pudiera pertenecer el cromosoma "Y", pues además de haber resultado negativo el contraste con la base de datos de perfiles de ADN, no se indicaba sobre quién se pretendía la prueba.

La misma falta de justificación es predicable del empeño del recurrente por la identificación de la persona que recogió a María Virtudes en las proximidades del lugar de los hechos y la trasladó a su domicilio. Se trata de un acto *post-delictum* que carece de cualquier influencia en el juicio de autoría y, por supuesto, en la calificación de los hechos.

También actuó correctamente el Tribunal *a quo* cuando rechazó, por su irrelevancia, las pruebas fotográficas y los planos ofrecidos por la defensa. En efecto, los testimonios gráficos referidos a María Virtudes , obtenidos de su cuenta de " *tuenti* " y en los que ésta aparece, varios meses después de los hechos, en distintas actitudes " *... alternando y bebiendo* ", no neutralizan la credibilidad de su testimonio respecto del ataque sufrido el día 19 de marzo de 2011. La pretendida " *normalidad* " que podrían reflejar esas instantáneas no es incompatible con el episodio sufrido fechas atrás.

Lo mismo cabría afirmar respecto de los documentos fotográficos llamados a acreditar las características del terreno o las distancias. Nada referido a la topografía del escenario del delito era objeto de discusión. De hecho, comparecieron en juicio los dos agentes de policía que se desplazaron al lugar de los hechos y sobre ese aspecto o los tiempos invertidos en los traslados de la víctima, ésta y aquéllos pudieron ser interrogados sin limitación alguna.

Se impone la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

5 .- El sexto motivo alega quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.3 de la LECrim .

La Sala ha examinado el contenido de las preguntas que fueron declaradas impertinentes por la Audiencia Provincial y no puede sino coincidir con el criterio de los Jueces de instancia. Así por ejemplo, la pregunta dirigida a María Virtudes , acerca de " *... si le gusta tener relaciones sexuales con gente desconocida* ", según explica ahora el recurrente, " *... pretendía acreditar (...) que la testigo es una persona promiscua y con una valoración de las relaciones sexuales desinhibida y que existió consentimiento en la relación sexual que mantuvo con el Sr. Luis Manuel* ". Fue lógica la reacción del Presidente del Tribunal cuando rechazó esa forma de interrogar y recordó al Letrado de la defensa que " *... a quien se está juzgado es a su cliente* ".

Pero es que, al margen de la corrección de ese juicio de impertinencia, el discurso argumental que late en el motivo parece sugerir que una persona promiscua en el ámbito sexual -dato no acreditado respecto de la víctima- tiene por ello limitada la protección penal frente a los ataques de los que sea víctima. Es evidente que ni la promiscuidad ni la desinhibición sexual, debilitan el bien jurídico libertad para aceptar o excluir cualquier relación sexual.

Impedir que la víctima contestara a la pregunta de por qué no tenía desgarros anales -indicando el Presidente que esa pregunta había de formularse a los peritos-; o por qué aparecía en algunas fotos con botellas de vodka, no es sino expresión de un adecuado entendimiento por parte del Tribunal de instancia del juicio de pertinencia que ha de presidir la práctica de todo interrogatorio. A idéntica conclusión hemos de llegar respecto de las dos preguntas dirigidas a los peritos. La primera, referida a un extremo que ya constaba en el informe presentado por escrito por los facultativos; la segunda, relacionada con el peso, la ingesta de alcohol y la capacidad de erección.



Decíamos en la STS 370/2010, 29 de abril , que "... *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 globalmente ambos elementos para estimar presente e infringida la norma procesal. Pues 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. 850.3 o la de "verdadera importancia para el resultado del juicio a que se refiere el nº 4 de igual artículo" (cfr. SSTS.1030/2010, 2 de diciembre ; 1323/2009, 30 de diciembre y 1036/2007, 12 de diciembre , entre otras) .*

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 LECrim).

6 .- El séptimo motivo, por la misma vía, con cita del art. 850.4 de la LECrim , sirve de vehículo al recurrente para quejarse de la negativa del Presidente a que los testigos amigos del acusado respondieran a determinadas preguntas relacionadas con los hábitos cotidianos de la víctima, entre ellos, si consumía alcohol con habitualidad. Idéntica queja se dirige contra la negativa a que una de las peritos que dictaminaron en el juicio se pronunciara sobre el acceso a la píldora postcoital.

Las mismas razones que hemos expuesto al analizar el motivo precedente, son ahora invocables para justificar la corrección del Tribunal *a quo* en la declaración de impertinencia de determinadas preguntas. La Sala comparte con el Fiscal su rechazo a "... *la inadmisibile indagación acerca de los hábitos o supuesta moralidad de la denunciante* ". Se da la circunstancia, además, de que el informe médico extendido en los momentos posteriores al hecho nada apuntaba acerca de síntomas de consumo de alcohol, dato que, por otra parte, tampoco tendría porque haber afectado a la credibilidad del testimonio de la víctima.

7 .- Los motivos octavo y noveno se formulan en términos conclusivos, reiterando argumentos que ya han sido atendidos en los fundamentos jurídicos precedentes. Se incorpora, sin embargo, una referencia a la posible existencia de contradicciones en los hechos declarados probados y predeterminación del fallo (art. 851.1 de la LECrim).

Ninguno de los argumentos puede ser acogido. De hecho, la descripción de lo que podría haber encerrado una contradicción fáctica o el empleo de expresiones predeterminantes del fallo, se distancia de manera visible de los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala para la viabilidad de ambos motivos.

Tal predeterminación -decíamos en las SSTS 1229/2011, 16 de noviembre y 401/2006, 10 de abril - precisa la utilización de expresiones técnicamente jurídicas y con situación causal respecto al fallo, o sea, cuando la descripción del hecho se reemplaza por su significación. En un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues si en los mismos se describe una conducta subsumible en un tipo penal, la consecuencia lógica se infiere, aunque se describa en la parte dispositiva o fallo de la sentencia, pero no es éste el sentido, sino que se produce exclusivamente por la utilización en el «factum» de expresiones técnicamente jurídicas que definan y den nombre a la esencia del tipo aplicable y aplicado, expresiones ajenas al lenguaje común, con un valor causalista del fallo; o sea predeterminación eficaz y causal, por lo que si suprimidos tales anómalos conceptos jurídicos incrustados en el relato no dejan el hecho histórico sin base alguna, el vicio procesal no existe.

Tampoco detecta la Sala las contradicciones advertidas que, como es sabido, exige que se den las siguientes condiciones: a) que la contradicción sea interna, esto es, que se dé entre los pasajes del hecho probado, pero no entre éstos y los fundamentos jurídicos; b) que sea gramatical, es decir, que no sea una contradicción deducida a través de una argumentación de carácter conceptual ajena al propio contenido de las expresiones obrantes en el relato fáctico, sino que se trate de contradicción "*in terminis*" de modo que el choque de las diversas expresiones origine un vacío que arrastre la incongruencia del fallo, porque la afirmación de una implique la negación de la otra; c) que sea manifiesta e insubsanable en cuanto oposición antitética y de imposible coexistencia simultánea y armonización, ni siquiera con la integración de otros pasajes del relato y d) que sea esencial y causal respecto del fallo (cfr. SSTS 999/2007, 26 de noviembre , 168/1999, de 12 de febrero , 570/2002, de 27 de marzo y 99/2005, 2 de febrero).

Encerrando ambos motivos una vía de reiteración de argumentos ya ponderados en los fundamentos jurídicos precedentes, procede la desestimación del motivo por su falta de fundamento (arts. 884.4 y 885.1 LECrim).

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

III. FALLO



Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de **Luis Manuel** , contra la sentencia de fecha 4 de marzo de 2013, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid , en procedimiento ordinario núm. 2/2012, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 2 de Móstoles, seguida por el delito de violación, y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada 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. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez Arrieta D. Perfecto Andres Ibañez D. Francisco Monterde Ferrer D. Manuel Marchena Gomez

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ