

Roj: **STS 2314/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2314**Id Cendoj: **28079120012016100446**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/05/2016**Nº de Recurso: **2052/2015**Nº de Resolución: **438/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENEDEZ DE LUARCA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP CC 700/2015,**
STS 2314/2016

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Mayo de dos mil dieciséis.

En el recurso de Casación por vulneración de Precepto Constitucional, Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma, que ante Nos pende, interpuesto por **Eladio**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección Segunda), con fecha 9 de octubre de 2015, en causa seguida contra **Eladio** por Delito de **Abusos Sexuales**, 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado **Eladio**, representado por la Procurador Sra. Rodríguez Gómez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 4 de los de Plasencia, incoó sumario con el número 1/2015 contra **Eladio**, por delito de **abusos sexuales**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección Segunda, rollo 2/2015) que, con fecha 9 de octubre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

*<<En fecha indeterminada, pero en todo caso durante los tres años anteriores al mes de mayo de 2014, el acusado, **Eladio**, mayor de edad, sin antecedentes penales, quien trabaja como conductor de interior en el Centro Socio Sanitario de Plasencia, dependiente de la Consejería de Sanidad y Dependencia de la JUNTA DE EXTREMADURA, aprovechando la discapacidad intelectual de **Carla**, paciente de dicho Centro, mantuvo de forma repetida contactos de naturaleza **sexual** con aquélla, consistentes en masturbaciones y felaciones, que le eran practicados por **Carla** en dependencias de servicio del Centro, fuera de la vista de otros pacientes o trabajadores. La perjudicada se encontraba judicialmente incapacitada y bajo la tutela de la Comisión Tutelar de Adultos de la JUNTA DE EXTREMADURA durante el tiempo que duraron los hechos, y falleció el día 2 de septiembre de 2014, una vez iniciado el procedimiento. A **Carla** se le había diagnosticado un retraso mental ligero a moderado y presentaba una elevada susceptibilidad a la manipulación emocional con déficits del control de los impulsos y escasa capacidad para resistirse ante presiones externas, lo que la colocaba en una situación de vulnerabilidad con respecto a otra persona que no tuviera esa discapacidad. Carecía de la capacidad suficiente*



para comprender y tomar decisiones en materia de actos de naturaleza **sexual**, lo que le impedía prestar su consentimiento y autodeterminarse en relación a dichas actividades.>>

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: **FALLAMOS**

<<Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado **Eladio** en concepto de autor responsable, conforme a lo dispuesto en los arts. 27 y 28 del Código Penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito continuado de **abuso sexual** con acceso carnal, previsto y penado en los arts. 181.1, 2 y 4 del Código Penal en relación con el art. 74.1 del mismo cuerpo legal, a la pena de **OCHO AÑOS DE PRISIÓN**, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la **INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DESEMPEÑO DE EMPLEO EN CENTRO DE ASISTENCIA A PERSONAS CON DISCAPACIDAD**, igualmente durante el tiempo de la condena (art. 56.1.3 del Código Penal).

Asimismo por aplicación de lo dispuesto con carácter imperativo en el art. 192.1 del Código Penal se le impone la **MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA** que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de **CINCO AÑOS**.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil, conforme a lo dispuesto en los arts. 109 a 122 del Código Penal, vendrá obligado el procesado **Eladio** a satisfacer a los herederos legalmente declarados de **Carla** la cantidad de **TRES MIL EUROS (3000 euros)**, más los correspondientes intereses legales. Será responsable civil subsidiaria la **JUNTA DE EXTREMADURA**.

Finalmente, conforme a lo establecido en el art. 123 del Código Penal, se imponen al acusado las costas causadas en el presente procedimiento.

Remítase al Juzgado Instructor la correspondiente pieza separada de responsabilidad civil a fin de que sea devuelta debidamente cumplimentada.

Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del C.G.P.J., practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprímense las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal, a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación. Devuélvanse los autos al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento con certificación literal de esta resolución para la práctica del resto de las notificaciones legalmente previstas, seguimiento de todas las realizadas, cumplimiento y ejecución de lo acordado>>.

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por vulneración de Precepto Constitucional, Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma, por la representación de **Eladio**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente **Eladio** se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 y 11 de la LOPJ y 852 de la LECrim . por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia que tutela el art. 24.2 de la Constitución .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 851º de la LECrim . por quebrantamiento de forma, al considerar esta parte que en la sentencia se consignan como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen predeterminación del fallo.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim . por infracción de Ley, al considerar que existe error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos, que demuestren el error del Juzgador sin resultar contradictorios con otros elementos probatorios.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal, lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 12 de mayo de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial condenó al acusado **Eladio** como autor de un delito continuado de **abuso sexual** con acceso carnal a la pena de ocho años de prisión e inhabilitación especial para el desempeño de empleo en centro de asistencia a personas con discapacidad durante el tiempo de la condena. Y le impone también una medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años con posterioridad a la pena



privativa de libertad. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues entiende que la prueba en la que se basa la condena no es suficiente. Argumenta, en primer lugar, que la testigo víctima de los hechos denunciados no pudo ser interrogada en el plenario al haber fallecido con anterioridad, tres meses y medio después de prestar declaración en el Juzgado de instrucción. Que a esa diligencia no asistió la defensa del recurrente que, por lo tanto, no ha tenido oportunidad de interrogar al único testigo directo. Tampoco se practicó en su día prueba preconstituida, a pesar de la existencia de intentos autolíticos y de trastorno depresivo y delirante. Así, la condena se ha basado solamente en testimonios indirectos o de referencia, en una prueba pericial y sin que la víctima, que ni siquiera había denunciado, haya declarado ante el Tribunal, procediéndose solo a la lectura de su declaración conforme al artículo 730 de la LECrim. Por lo tanto, no ha existido intermediación respecto a la declaración de la víctima. Todo ello, entiende que, además, ha llevado a la imposibilidad de establecer su estado mental y su capacidad para comprender la trascendencia de la actividad **sexual** y sus consecuencias.

En segundo lugar, analizando su declaración ante el Juez, pone en duda la credibilidad de la víctima, que no denuncia los hechos sino que los comunica al médico psiquiatra del Centro tres años después de haberse iniciado y que, según dicho médico, que la trataba, era una persona fantasiosa e inventaba historias, se contradecía en cuanto a momentos y fechas y tenía diagnosticado un trastorno delirante. Por otro lado, señala, no hay ningún dato periférico de corroboración.

En cuanto a la prueba pericial psicológica, señala que se basa en una exploración y entrevista con la paciente, pero no explica el método científico o clínico seguido, ni tampoco cómo puede resultar creíble una persona diagnosticada de trastorno delirante, ni por qué afirman que carece de madurez y no puede tomar decisiones en materia **sexual** cuando ha sido madre de un niño.

Señala igualmente que se ha podido vulnerar el principio acusatorio al imponer la medida de libertad vigilada no solicitada por el Ministerio Fiscal.

Y, finalmente, se queja de que se acuerda una indemnización de 3.000 euros cuando no ha habido ningún informe que valore que la víctima ha padecido secuelas psicológicas.

1. En el motivo se plantean varias cuestiones diferentes que bien pudieran haber sido objeto de motivos independientes.

Se queja en primer lugar de la inexistencia de prueba suficiente, basándose en que la víctima no pudo ser interrogada en ningún momento por la defensa, ni en el plenario ni con anterioridad, procediéndose solo a la lectura de una declaración prestada ante el Juez de instrucción, pero sin contradicción, ya que a esa diligencia no fue convocada la defensa. También critica que la condena se basa solamente en prueba testifical de referencia.

Efectivamente, la declaración de la denunciante se llevó a cabo en fase de instrucción ante el Juez, pero sin que estuviera presente la defensa del denunciado, a pesar de que ya había sido identificado en la denuncia. La denunciante falleció poco después, por lo que la defensa del denunciado, ahora recurrente, no pudo solicitar la práctica de una nueva declaración. Tampoco pudo, pues, interrogar a la testigo denunciante en el plenario. En consecuencia, las manifestaciones de la denunciante accedieron al plenario mediante la lectura de su declaración sumarial, a la que no fue convocado el recurrente ni su defensa, y a través de las declaraciones de los testigos de referencia, médicos y enfermera del centro donde estaba internada a causa de sus padecimientos mentales.

2. Cuando se trata de pruebas personales, el principio de contradicción se manifiesta en el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes declaran en contra del acusado. Este derecho, expresamente reconocido en el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, no aparece expresamente en el texto de la Constitución, pero puede considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el derecho de defensa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido en la STEDH de 14 diciembre 1999, Caso A.M. contra Italia, que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio, y que, aunque tal principio tiene excepciones, " *sólo podrían ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa; por regla general, los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y hacer interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (Sentencias Van Mechelen y otros, citada, pg. 711, ap. 51 y Lüdi contra Suiza de 15 junio 1992, serie A núm. 238, pg. 21, ap. 49). En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de la instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (ver las Sentencias Van Mechelen*



y otros citada, pg. 712, ap. 55; Saídi contra Francia de 20 septiembre 1993, serie A núm. 261-C, pgs. 56-57, aps. 43-44; Unterpertinger contra Austria de 24 noviembre 1986, serie A núm. 110, pgs. 14-15, aps. 31-33) ". Y posteriormente, ha señalado (STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Luca, § 40), que " los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario ".

3. La LECrim disponía en su artículo 118, en el párrafo segundo según la redacción vigente al tiempo de incoación de esta causa, que la admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados. Y en el párrafo primero, establecía que toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, desde que se le comunique su existencia. Con alguna diferencia terminológica, el núcleo de las dos disposiciones se mantiene en la redacción actual, según la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015.

En el marco del reconocimiento constitucional a ser informados de la acusación, a un proceso con todas las garantías, a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, y a la prohibición de indefensión en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, ambos preceptos se orientan a permitir la intervención del denunciado o querrelado en las diligencias de instrucción, haciendo efectivo su derecho de defensa desde el primer momento, con la finalidad de evitar cualquier posibilidad de indefensión. Con la misma finalidad el artículo 302 dispone que las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento, salvo que se acuerde el secreto de las actuaciones.

No es conforme a la Constitución ni a la ley, por lo tanto, impedir, directa o indirectamente, al denunciado o querrelado intervenir en las diligencias que se practiquen en la fase de instrucción, ya desde el primer momento en que su identidad esté establecida, pues desde ese momento debe comunicársele la existencia del procedimiento y las razones de su incoación. En ocasiones, esta ausencia del investigado, según la terminología actual, en las primeras actuaciones pudiera no revestir trascendencia alguna en orden a su enjuiciamiento, y así ocurrirá ordinariamente cuando las diligencias sean reproducibles. Pero, si por las circunstancias de la causa o de las personas que intervienen en la misma no fuera así y la diligencia no fuera reproducible, no podría convalidarse una diligencia de investigación, utilizando su contenido como prueba de cargo mediante su incorporación al plenario, salvo que la no intervención del investigado en su práctica le sea solo imputable a él mismo.

Concretamente en cuanto se refiere a la prueba testifical, la imposibilidad sobrevenida de interrogar al testigo en el juicio oral, por su fallecimiento o desaparición, o por cualquier otra causa, no anula la declaración prestada en instrucción de forma inobjetable. Es decir, ante el Juez y garantizando el principio de contradicción, y siempre que se reproduzca adecuadamente en el plenario, mediante su lectura o a través de la visualización y audición de su grabación. Incluso, en los casos en los que no se haya podido hacer efectivo el principio de contradicción por causas imputables exclusivamente al propio acusado, la diligencia de instrucción podrá incorporarse como prueba de cargo al plenario a través de los mismos medios mencionados. Pues lo que resulta trascendente, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, es la posibilidad de contradicción y no necesariamente la contradicción efectiva.

Sin embargo, cuando la imposibilidad de contradicción sea imputable al órgano judicial, o, incluso, cuando se deba a las propias incidencias de la causa no imputables al propio acusado, la diligencia no podrá ser utilizada como prueba de cargo, en atención a la indefensión causada al acusado al negarle la posibilidad de interrogar al testigo de cargo en algún momento de las actuaciones, cuando su declaración sea determinante. O dicho de otra forma, al basar la condena en la declaración de un testigo al que el acusado no ha tenido oportunidad de interrogar por causa que no le sea imputable, se le causa una indefensión prohibida por la ley, debido a una restricción inasumible de los derechos de defensa.

4. En el caso, las manifestaciones de la denunciante a los médicos del establecimiento donde estaba ingresada a causa de su retraso mental y de sus padecimientos psíquicos, contenían la identificación de la persona a la que atribuía la ejecución de los hechos que relataba. La denuncia se presenta ante el Juzgado por los responsables del Centro, que entendieron que los hechos podrían ser delictivos, y en ella igualmente aparece la identidad de la persona a la que se imputan los hechos que se denuncian. El Juez de instrucción acordó la incoación de diligencias Previas en averiguación de los hechos, y, en ellas, la declaración de la víctima. En esas circunstancias, y dado que no acordó el secreto de las actuaciones, debería haber comunicado al denunciado la incoación del procedimiento penal, dándole la posibilidad de intervenir en las diligencias que desde ese momento se practicasen. Entre ellas, la declaración de la denunciante, especialmente teniendo en cuenta que, dada la naturaleza de los hechos denunciados, la prueba testifical se presentaba posiblemente como determinante o, al menos, de una especial trascendencia en el momento del enjuiciamiento.



Al no hacerlo así, el entonces denunciado no pudo intervenir en forma alguna en esa diligencia de declaración. Y, al fallecer la víctima poco después, por causas que no se aclaran en la sentencia, tampoco pudo interrogarla en el plenario.

No pudo, por lo tanto, poner en duda la consistencia del testimonio incriminatorio a través del interrogatorio de su autor. Por lo tanto, tal como hace el Tribunal de instancia en su sentencia, esa declaración no puede ser empleada como prueba de cargo.

5. Pero, esta forma de proceder por parte del Juzgado de instrucción, dadas las circunstancias, no solo afecta a la posibilidad de utilizar el contenido de esa declaración sumarial como prueba de cargo por falta de contradicción. Sino que, además, afecta a las declaraciones de los testigos de referencia, como prueba de cargo, pues su valor de convicción se sustenta en la veracidad del testigo directo, cuyos dichos oyeron aquellos. Y si estos dichos no pueden valorarse, al no haber permitido al acusado ponerlos en entredicho, tampoco pueden valorarse las manifestaciones de quienes afirman haberlos oído. Pues ello equivaldría a dar valor a sus declaraciones extrajudiciales, realizadas sin ninguna garantía procesal, cuando se le ha negado a las efectuadas ante el Juez, a causa de la falta de contradicción.

Tampoco pueden ser utilizadas con esa finalidad las manifestaciones de las peritos psicólogas, pues, basadas en declaraciones extrajudiciales de la denunciante, igualmente prestadas sin garantías procesales, su función se orienta, exclusivamente, a permitirles emitir su informe sobre el estado mental, las posibles secuelas y la eventual concurrencia de razones objetivas, apreciadas desde su conocimiento técnico, para poner en duda la credibilidad de la persona examinada.

Por todo ello, debe concluirse que no existe prueba de cargo, por lo que procede acordar la absolución del acusado.

No es preciso el examen de las demás cuestiones planteadas ni de los demás motivos del recurso.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Eladio contra la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cáceres de fecha 9 de octubre de 2015 .

Con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamosD. Julian Sanchez Melgar D. **Miguel Colmenero Menendez de LuarcaD. Alberto Jorge Barreiro D. Pablo Llarena Conde** D. Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Mayo de dos mil dieciséis.

En la causa rollo nº 2/2015 seguida por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cáceres dimanante del sumario nº 1/2015 incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Plasencia, por un delito de **Abusos Sexuales**, contra Eladio , nacido el día NUM005 /1961, con DNI nº NUM006 .en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 9 de octubre de 2015 , que ha sido recurrida en casación por el procesado Eladio y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Los de la sentencia de instancia. Los hechos probados de la misma se sustituyen por los siguientes: El acusado Eladio , en los tres años anteriores al mes de mayo de 2014, prestaba sus servicios como conductor de interior en el Centro Socio Sanitario de Plasencia, dependiente de la Consejería de Sanidad y Dependencia de la Junta de Extremadura, donde se encontraba ingresada por su discapacidad intelectual Carla , la cual denunció al acusado por haber mantenido contactos **sexuales** con ella en ese periodo de



tiempo, consistentes en masturbaciones y felaciones. La denunciante falleció el 2 de setiembre de 2014, sin que pudiera ser interrogada por el acusado o por su defensa en ningún momento de la causa. No ha quedado acreditado, por falta de pruebas, que el acusado tuviera contactos **sexuales** con la denunciante.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación, procede acordar la absolución del acusado Eladio al no haberse acreditado los hechos que se le imputaban.

III. FALLO

Debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** al acusado Eladio , del delito de **abuso sexual** por el que venía condenada, debiendo dejarse sin efecto cuantas medidas se hubieran adoptado contra el mismo, y declarando de oficio las correspondientes costas de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Julian Sanchez Melgar D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Alberto Jorge Barreiro D. Pablo Llarena Conde D. Carlos Granados Perez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.