

Roj: STS 4406/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4406
Id Cendoj: 28079120012016100749
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 382/2016
Nº de Resolución: 756/2016
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 756/2016

RECURSO CASACION Nº : 382/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª)

Fecha Sentencia : 13/10/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Monterde Ferrer

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por : OVR

Delito de agresión sexual. Menor, en situación declarada de desamparo provisional, acogida en Centro dependiente de la Delegación provincial de Sevilla, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía.

Tutela judicial efectiva. Indefensión. Tramitación de procedimiento administrativo de averiguación a espaldas del acusado. Información tardía al mismo de la existencia de denuncia ante el Juzgado. Cercenamiento de las posibilidades de defensa.

Presunción de inocencia. Declaración de la víctima. Ausencia de elementos objetivos de corroboración. Exigencias jurisprudenciales.

Una tardía denuncia por parte de la Administración, produjo una casi inexistente instrucción, y ello conllevó una acusación aventurada, la formulación de una proposición de débiles elementos probatorios de cargo de los hechos imputados, y una insuficiente expresión de los elementos de convicción tomados en cuenta por el tribunal para entender desvirtuada la presunción de inocencia que amparaba al acusado.

Nº: 382 / 2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

Fallo: 21/09/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 756 / 2016

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Ramón Soriano Soriano

D. José Manuel Maza Martín

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

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 la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 382/2016, interpuesto por la representación procesal de **D. Germán**, contra la sentencia dictada el 21 de Enero de 2016 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el Rollo de Sala Nº 5830/2014, correspondiente al Procedimiento Sumario nº 2/2014 del Juzgado de Instrucción nº 20 de los de Sevilla, que condenó al recurrente, como autor responsable de un delito de **agresión sexual**, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Germán, representado por el Procurador D. Jorge Deleito García; habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 20 de Sevilla, incoó Procedimiento Ordinario con el nº 5830/2014 en cuya causa la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 21 de Enero 2016, que contenía el siguiente **Fallo**: "**CONDENAMOS a Germán como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.**

Le condenamos asimismo a que indemnice a Rosana en la suma de 6.000 euros por los daños y perjuicios morales causados, que se incrementará en los intereses legalmente previstos en el artículo 576 de la L.E.Civil.

Aprobamos la declaración de solvencia realizada por el Juzgado Instructor."

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos**: "**ÚNICO** - La menor Rosana, nacida el día NUM000 de 1995, fue declarada en situación provisional de desamparo con fecha

10 de febrero de 2010, ratificándose el desamparo provisional de la menor, y acordándose mantener el acogimiento residencial por resolución de la Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de fecha 22 de octubre de 2010.

Rosana se encontraba ingresada en el centro de acogida Al-Quivir sito en Mairena del Aljarafe, donde prestaba sus servicios como personal técnico auxiliar el procesado Germán, mayor de edad y sin antecedentes penales.

La menor se fugó del centro en varias ocasiones y en una de estas fugas, ocurrida entre los meses de marzo y mayo de 2011, y por tanto cuando la menor contaba con la edad de 15 años, el acusado la localizó por teléfono y quedaron en verse ese mismo día por la tarde, indicándole la menor el lugar donde se verían.

El acusado la recogió en su vehículo y tras dar varias vueltas la llevó a un parque o zona descampada y le pide que se siente en el asiento trasero. Cuando ambos se encontraban charlando en dicho asiento, el acusado empieza a tocarla y pese a las protestas de Rosana, se sube encima de ella, le agarra fuertemente, le baja los pantalones y la penetra vaginalmente."

3.- Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado D. Germán anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 16 de Febrero de 2016, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 9 de Marzo de 2016, el Procurador D. Jorge Deleito García, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes motivos:

Primero.- Por vulneración del derecho fundamental a la **tutela judicial efectiva sin producción de indefensión**, del art. 24.1 CE ; y vulneración del derecho a ser informado de la acusación, y a un **proceso con todas las garantías** , del art 24.2 CE , en relación con el art. 852 LECr y 5.4 LOPJ .

Segundo.- Al amparo del art. 852 LECr , y 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional, y de los derechos a la **presunción de inocencia** y a un **proceso con las debidas garantías**. E infracción, **por aplicación indebida, de los arts. 178 , 179 y 180.3 CP** .

5.- El Ministerio **Fiscal** por medio de escrito fechado el 18 de Abril de 2016 evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

6.- Por providencia de 18 de Julio de 2016 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **21 de Septiembre de 2016** , en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El recurrente efectúa una **exposición** , previa al desarrollo de los dos motivos que formula, de lo que considera el **contexto fáctico** acreditado en autos, esencialmente en los siguientes términos:

1.1. La entonces menor Rosana , declarada en situación de desamparo y acogimiento por la Junta de Andalucía (f. 7), *ingresa* en el Centro de acogida *Al-Quivir en marzo de 2010* (f. 4), trasladada forzosamente tras anteriores internamientos en otros centros de acogida de la propia Junta debido a comportamiento conflictivo, relacionado con incidencias de contacto sexual con otros menores y episodios de fuga (f. 8, 40, 256). Durante su estancia persistió en ello y, de hecho, en 27 de Abril de 2011 desde el indicado Centro Al-Quivir se propuso su nuevo traslado debido a frecuentes ausencias injustificadas tras las que retornaba regularmente "en estado de deterioro físico, emocional y social" (f. 4).

1.2.- El *11 de Julio de 2011* se produce el hecho -creemos que muy relevante- consistente en que, en el ejercicio de sus funciones como Personal Técnico de Apoyo (PTA) en el mencionado Centro y como consecuencia de incidente de insubordinación que obligó a ello, Germán hubo de efectuar -en presencia del resto de menores- una "reducción física" de la interna Rosana (f. 20, 39, 65 y 141).

1.3.- *Al día siguiente de tal reducción física, 12 de Julio de 2011*, Rosana verbaliza por primera vez ante el Educador del Centro Silvio haber sido objeto de una agresión sexual por parte de Germán , cuyas circunstancias de tiempo y lugar no concreta, limitándose a *indicar que sucedió varios meses atrás* , durante su última fuga del Centro, en un lugar de la ciudad que no puede especificar y en el interior de un vehículo que identifica como un coche normal, de color azul (f. 20, 65, 141; declaración juicio oral; sentencia pág. 8). De inmediato dicho Educador da conocimiento de ello a la *Dirección* del Centro (f. 256).

1.4.- A renglón seguido, el *13 de Julio de 2011*, la Dirección del Centro Al-Quivir comunica a Germán que por razones *estrictamente laborales no se contará* en lo sucesivo con sus servicios (f. 25, 146). Germán , de manera discontinua pero constante, había venido trabajando como PTA para dicho Centro desde seis años atrás, sin tacha alguna y a satisfacción del empleador. En aquél momento de su despido la Dirección no comunicó en modo alguno a Germán el motivo real del mismo, es decir, *no se dio a conocer a Germán que una menor del Centro relataba haber sido violada por el mismo meses atrás* en el interior de un coche.

1.5.- De hecho el hoy recurrente Germán *no conoció hasta casi tres años después* que aquel 12 de Julio de 2011 una menor había relatado haber sido objeto de violación por parte del mismo; pues en efecto ignoró por completo algo de tan extrema gravedad para su persona hasta que en fecha 13 de Enero de 2014 (f. 149) recibió cédula de citación para declarar el 23 de Abril de 2014 ante el Juzgado de Instrucción 20 de Sevilla.

1.6.- Mientras tanto y a todo lo largo de ese extenso lapso temporal de casi tres años en que Germán no supo que era objeto de una gravísima acusación ni por tanto pudo defenderse de la misma, los *poderes públicos* iniciaron y llevaron a efecto a espaldas de Germán una *investigación en toda regla* , poniendo en

marcha *primero en sede administrativa*, durante un año y medio (entre Julio de 2011 y Enero de 2013) los *protocolizados sistemas* de protección de mujeres objeto de abuso sexual (aquí, además, mujer menor de edad y sujeta a acogimiento público), con derivación en 19 de Julio de 2011 a los correspondientes Servicios y a la Fiscalía de Menores (f. 23), y sujeción de la presunta víctima a *múltiples entrevistas e informes*, hasta que la misma *vuelve afugarse del Centro en Septiembre de 2011* (f. 27) y *no es localizada hastamás de un año después*, en Octubre de 2012, en la provincia de Málaga, conviviendo con familiares de su pareja y en estado de gestación (f. 30); y *después, tras la interposición de denuncia en fecha 11 de Enero de 2013* (f.3), *ya en sede judicial*, todavía a lo largo de más de un año (entre Enero de 2013 y Enero de 2014) en cuyo transcurso el Órgano judicial no entendió como necesario comunicar a la persona objeto de tan grave denuncia la existencia de la misma, a fin de que pudiera defenderse e intervenir contradictoriamente en las diversas diligencias probatorias que de hecho fueron practicadas en ese ínterin.

1.7.- Cuando así pues ya en 2014 fue citado para declarar como imputado por un presunto delito de agresión sexual, y dado que, por su participación en un accidente de tráfico, Germán había conocido a la *Letrada que su Aseguradora* le designó para su defensa en juicio, ignorante de la trascendencia del asunto, entregó dicha citación a la indicada Letrada, la cual a continuación, ya en 10 abril, se persona en autos f. 167), el 23 de abril le asiste en su declaración y a continuación queda ya personada en su defensa para en lo sucesivo.

1.8.- Desde tal constitución como parte procesal -bajo designación de Letrada en las condiciones descritas-, ni durante lo que restó de la fase de instrucción ni en el juicio oral, fue propuesta ni practicada prueba alguna de descargo a instancias de la defensa. Y es así que -con independencia de la grave limitación de medios e innegable lesión del derecho de defensa que a nuestro juicio le produjo la investigación pública, aunque no oficial, llevada a cabo a sus espaldas y sin su posible participación contradictoria durante casi tres años-, *ciertamente habríacabido proponer múltiples diligencias probatorias de descargo*, pues, como se verá, múltiples son las debilidades y carencias que presenta la única prueba directa de cargo que en definitiva vino a justificar la condena (la declaración de la víctima), y múltiples eran los elementos periféricos que el Estado incumplió su deber de comprobar, para corroborar la certeza de la denuncia, y sobre los que bien la defensa pudo procurarse acreditaciones de descargo.

Y, en virtud de ello, el recurrente concluye que ha carecido materialmente de adecuada y efectiva defensa en el procedimiento, pues su Letrada en ningún momento le advirtió de la necesidad de preparar pruebas para su defensa, existiendo una ausencia de múltiples factibles iniciativas probatorias de descargo, tales como:

-El encargo a la prestigiosa psicóloga (Colegiada AN-4314) Da Bernarda , Máster Internacional de Psicología Jurídica y Forense, "una valoración objetiva y rigurosa sobre el grado de veracidad y credibilidad del testimonio de D. Germán , así como una valoración de los documentos aportados en el proceso judicial seguido contra el informado".

-El encargo a la prestigiosa psicóloga clínica (Colegiada AN-2041) Da Felisa , "una determinación objetiva y rigurosa de las condiciones adecuadas de elaboración de informes sobre credibilidad de menores posibles víctimas de violencia sexual, y por otro, la producción de un pronunciamiento desde máxima objetividad sobre la solidez y cientificidad de los informes que aparecen en el procedimiento".

-La localización y escucha del excompañero *Centro Al-Quivir, D. Pedro* , cuyo ilustrativo testimonio, luego trasladado al Acta de Manifestaciones otorgada ante el Notario D. José Gabriel Calvache Martínez, en fecha 4 de los corrientes (Protocolo 188/2016), que advera datos muy significativos.

-La localización y escucha de su excompañera, educadora Dña. Raimunda .

-La obtención de un elemento de corroboración negativa sustancial, relativo al automóvil en que se dice se cometió la agresión. Se trata de la certificación que con fecha 27-1-2016 emite *la Jefatura Provincial de Tráfico de Sevilla, adverando que " Germán fue titular delvehículo matrícula LSL desde su matriculación el 3 de enero de2011 hasta el 12 de diciembre de 2012"* (así como que no poseía más que ese vehículo en ese periodo temporal). Y no figurando datos de marca, modelo o color en dicha Jefatura, es por lo que Germán aporta una *fotografíadonde se observa de manera clara e indubitable que, en efecto, el vehículomatrícula LSL , es un todoterreno de color blanco*.

SEGUNDO. - Expuesto lo anterior, el primer motivo se articula por vulneración del derecho fundamental a la **tutela judicial efectiva**, sin producción de **indefensión**, del art. 24.1 CE ; y vulneración del derecho a

ser **informado** de la acusación, y a un **proceso con todas las garantías**, del art 24.2 CE, en relación con el art. 852 LECr y 5.4 LOPJ.

1. La vulneración de derechos fundamentales se fija en haberse deliberadamente *ocultado ab initio* al hoy condenado la existencia de una *denuncia* en su contra, relativa a hechos supuestamente cometidos sobre el mes de marzo de 2011, y de la cual sólo pudo tener conocimiento *tres años después*, en enero de 2014. A lo largo de ese extenso período se promovió por los poderes públicos una *investigación* a espaldas del investigado - primero de carácter oficioso-, en sede *administrativa*, entre julio de 2011 y enero de 2013, mediante los protocolizados sistemas de protección de mujeres, con entrevista e informes a la presunta víctima menor; después de carácter oficial, ya en sede *judicial*, entre enero de 2013 y enero de 2014, sin que se le comunicara al ahora recurrente la existencia de tan grave denuncia; sin posibilidad entretanto de defensa y de contradicción efectiva, que quedó imposibilitada o muy debilitada. Así, se practicaron diversas diligencias de instrucción sin posibilidad de conocimiento y participación de la defensa, señaladamente dos declaraciones de la denunciante, en 2-10-2013 y 13-2-2014. Y se obvió el derecho del imputado a ser *informado de la acusación* cuanto antes, desde su fase preliminar de investigación (STC 1367/2004, de 29 de noviembre ; SSTC 44/85, 135/89 y 273/93 ; STEDH de 28-9-2010, caso AS contra Finlandia). Con ello se ha conculcado lo dispuesto en los arts 118 LECr, 6.3 CEDH en relación con el art 24 CE.

En el caso, la cédula de citación para la declaración de Germán en calidad de imputado se emite en 4 de Noviembre de 2013 (Folio 148), pero la realidad es que su efectiva remisión se dilata dos meses aún, por razones ignoradas, y aquél sólo recibe la notificación de aquella citación ya el 13 de Enero de 2014 (Folio 149): *transcurrido más de un año desde la presentación de la denuncia* y transcurrido un año desde que ésta debe entenderse como admitida con la incoación de diligencias previas, sólo entonces y por primera vez Germán tiene conocimiento de la existencia de un proceso penal seguido en su contra.

Es así, en efecto, que por primera vez Germán tiene posibilidades de defensa efectiva cuando declara ante el Juzgado en calidad de imputado el 23 de Abril de 2014 (*casi tres años después* desde que la *menor efectuar denuncia ante un Centro de Acogida de Menores* dependiente de la Administración Pública Andaluza; un año y tres meses después de que se iniciara el procedimiento judicial), y lo hace -como desde entonces- negando rotundamente los hechos que se le imputan.

Con la intervención dilatada de la Junta de Andalucía, prescindiéndose de la de los Cuerpos de Seguridad especializados, se *dejaron de practicar* en ese crucial momento sencillísimas *diligencias* de investigación sobre ciertos extremos del relato- denuncia *esenciales* para la comprobación de su certeza, tales como:

- Circunstancias de tiempo y lugar de la supuesta agresión.
- Identificación del vehículo donde se produjo la supuesta agresión.
- Itinerario de retorno de la menor desde el lugar de los hechos.
- Testigos visuales de ese recorrido y de los parientes a cuyo domicilio habría acudido.
- Comprobación de las múltiples llamadas telefónicas que en fechas próximas a la agresión dice la joven haber recibido, personalmente o por medio de sus familiares, del acusado.
- Comprobación del paradero de la menor, y si permaneció con sus familiares en su periodo de fuga marzo-mayo 2011.
- Declaraciones testificales del personal y menores internados en el Centro, para determinar relaciones entre agresor y agredida, e incidente de reducción llevado allí a cabo.
- Grabación de la exploración de la menor. El recabamiento del Equipo EICAS (Evaluación e Investigación Casos de Abuso Sexual), dependiente de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, de la grabación de la exploración de la menor, dio resultado negativo, pues si bien, a iniciativa del Fiscal se revocó el sumario para tomar declaración testifical al educador Sr. Silvio, y pedir la grabación, no se consiguió la misma informándose que no se realizó fº 33).

2. La observación de lo actuado constata -como en parte se precisa en los antecedentes de hecho de la sentencia de instancia- que las actuaciones se iniciaron por resolución- *denuncia* (fº 3 a 6), de fecha 23-11-2012, formulada por la Presidenta de la Comisión de Medidas de Protección de la Delegación Territorial en Sevilla de la Consejería de Salud y Bienestar Social, que tenía atribuida la tutela de la menor Rosana, dirigida al Juzgado de Guardia de Sevilla, donde tuvo entrada en 11- 1-2013.

El Juzgado de Instrucción nº 20 de Sevilla, al que por turno correspondió, incoó Diligencias Previas en 7-2-2013 (fº 98). En ellas Rosana prestó declaración (exploración) ante el Juzgado nº 7 de Málaga en 2-10-2013(fº 186), estando presente el Ministerio Fiscal. Por providencia de 21-12-2013 (fº 156), se tuvo por apartada del procedimiento a la Letrada de la Junta de Andalucía, por mayoría de edad de la joven (nacida el NUM000 -95), y se ordenó ofrecer las acciones a Rosana , quien prestó declaración en 13-2- 2014 (fº 163-164).

En 10-4-2014(fº 166-167) compareció en el Juzgado de Instrucción Germán , designando Letrada para su defensa, lo que se tuvo por efectuado por providencia de la misma fecha. Declarando el mismo, asistido por tal Letrada en 23-4-2014(fº 168 a 170). Rosana declaró de nuevo en 17-6-2014 (fº 193-194).

Por Auto de 26-6-2014 se acordó la transformación de las actuaciones en *Sumario*, lo cual fue recurrido por la defensa del luego acusado en 3-7-2014(fº 201 a 205), desestimando el recurso el Auto de 10-9-2014(fº 211 a 212).

Fue dictado Auto de *procesamiento* en 9-10-2014 (fº 223), tomándose indagatoria al procesado en 24-10-2014, asistido por su Letrada (fº 223).Y se declaró *concluso* el sumario por Auto de 28-10-2014 (fº 225), si bien fue revocada tal conclusión a instancia del Ministerio Fiscal para que se tomara una declaración testifical Don Silvio , lo que tuvo lugar en 23-7-2015, estando presente la Letrada de la defensa (fº 255-25), recayendo finalmente Auto de *conclusión* en 23-7-2015 (fº 257).

A partir de este momento, remitido el Sumario a la Audiencia provincial, continuó el procedimiento por sus trámites en sus fases intermedia y de preparación del Juicio oral, formulando el Ministerio fiscal y la defensa sus escritos de conclusiones provisionales, con proposición de las pruebas, interrogatorio del acusado, testifical, pericial y documental a practicar en la Vista que, admitidas, tuvieron lugar en 19-1-2016, documentándose por diligencia sucinta, pero (ejemplarmente) suficientemente expresiva del orden de lo actuado y del espacio ocupado respectivamente en su grabación en DVD.

3. Pues bien , como apunta el Ministerio Fiscal, si bien parece cierto que la denuncia de la menor en el Centro en fecha 12 julio 2011 al educador Silvio provoca una reacción administrativa, con el despido del recurrente -que trabajaba como auxiliar de los Educadores, supliendo sus vacaciones- al día posterior, sin, al parecer, indicarle las causas, ello no puede tener trascendencia laboral; de modo que pudo, si discrepaba de la resolución administrativa tomada por la Directora del Centro de Protección, acudir a su impugnación ante la jurisdicción social.

Por lo que atañe a las actuaciones administrativas -"valoración de la sospecha de abuso sexual"- realizadas desde el día 12 julio 2011, fecha de la denuncia de la menor al educador del Centro y el 11 enero 2013, fecha de la denuncia penal ante el Juzgado de Instrucción de Sevilla, si bien no pueden calificarse de investigaciones previas a espaldas del recurrente tendentes a acreditar su culpabilidad, sino que son verificaciones del testimonio de la menor al objeto de comprobar si tienen la entidad suficiente para fundar una denuncia penal, ya que la consecuencia laboral del despido del recurrente se produjo al día siguiente de la denuncia y esas actuaciones administrativas son posteriores, sí que produjeron un retraso en la judicialización del hechos que debió haberse evitado.

Es verdad que en esas actuaciones administrativas, tendentes a verificar el hecho denunciado para determinar si gozaban de entidad suficiente al objeto de presentar una denuncia penal, *no está prevista la participación de la persona que pueda resultar o no denunciada*. Sobre todo, si además la posible víctima se trata de un menor de edad tutelado por la Administración que debe velar por su superior interés, conforme se reconoce por el art. 39.4 CE , art. 3 Convención de Derechos del Niño de 20noviembre 1989 -ratificada por España el 30 noviembre 1990-, el art. 2 dela Ley de Protección Jurídica del Menor (Ley Orgánica 1/1996, de 15 deenero- modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio -BOE 175 de 23 julio 2015).

No obstante, mucho se tardó en judicializarse las actuaciones, hasta el punto de que formulando la denuncia podría pensarse que se esperaba el acceso a la mayoría de edad de la presunta víctima, para hacerlo.

En cuanto al retraso en la puesta en conocimiento de la *denunciapenal* realizada en fecha 11 enero 2013 contra el recurrente hasta el día 13enero 2014, en que fue citado a declarar en concepto de *imputado* por el Juzgado de Instrucción de Sevilla, *no habiendo podido intervenir* en las *declaraciones efectuadas por la menor* en fechas 2 octubre 2013 y 13 febrero 2014, el propio M. Fiscal reconoce que *dicha actuación no resulta* ortodoxa a la luz del art. 118 LECrim , aunque ello no puede sustentar una nulidad del proceso en cuanto

no supone una decisiva indefensión material del recurrente, pues ha podido defenderse, desde el día en que prestó declaración ante al Juzgado de Instrucción, en fecha 23 abril 2014, hasta el juicio oral en la Audiencia.

Y *no se ha producido la indefensión material*, que alega el recurrente, en cuanto a la imposibilidad de demostrar la falsedad del testimonio de la menor y participar en sus exploraciones contradictorias, porque, desde su declaración en el Juzgado de Instrucción como imputado en fecha 23 abril 2014, hasta la celebración del juicio oral, ha podido desplegar las iniciativas que cita, así como participar en el debate contradictorio ante el contenido de las exploraciones de la menor, sin que sea aplicable a este caso la STEDH de 28 septiembre 2010 (Caso A.S. contra Finlandia) que cita, ya que las garantías que contiene esa sentencia han sido observadas en este procedimiento en el momento de la práctica de la prueba en el plenario o juicio oral, siendo las anteriores de la instrucción mera preparación de este juicio, conforme dispone el art. 299 LECrim . Téngase en cuenta que esas exploraciones previas de la menor no se han llevado al juicio oral, conforme al art. 730 LECrim , sino que se ha oído directamente a la menor en dicho juicio oral.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado, sin perjuicio de lo que digamos más adelante.

TERCERO.- El segundo motivo se formula al amparo del art. 852 LECr , y 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional, y de los derechos a la **presunción de inocencia** y a un **proceso con las debidas garantías**. E infracción de ley, **por aplicación indebida, de los arts.178 , 179 y 180.3 CP .**

1. Se reprocha a la sentencia de instancia expresar, ajenamente a un contenido genuinamente motivador, premisas de corte *tautológico* (*creemos...; no creemos...nos ha contado...;nos ha impresionado...nos ha ofrecido plena credibilidad*), sin dedicar espacio a razonar por qué se presta credibilidad al aserto , y con muy parcas referencias a los aspectos de orden exculpatario de la declaración del acusado, despachándolos como refuerzo del testimonio de cargo, o bien vulnerando el principio **pro reo**.

Igualmente que falta dotación explícita en cuanto a razonabilidad y coherencia del proceso de convicción sobre el punto esencial de la aptitud como testigo de la presunta *víctima* -única *prueba* de cargo, no sólo de la *autoría* del acusado, sino de la misma *existencia del delito*- no existiendo *un solo dato objetivo* que avale tal testimonio, ante las carencias de condiciones subjetivas del mismo ,viciado como prueba de cargo, que entraña una presunción ilegítima y genera una inversión de la carga de la prueba que lesiona el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Máxime cuando la materia ,que produce natural repulsión, de la existencia de abusos sexuales contra menores, es materia compleja y vidriosa, en que pueden incurrirse en errores de apreciación con efectos devastadores y en que a la hora de la averiguación y comprobación de los hechos, es preciso proceder con extrema prudencia.

Para el recurrente, la supuesta agresión sexual no viene concretada en *tiempo, lugar o consistencia*. Ello supone abocar al acusado a una *probatio diabólica* , poniéndole, tres años después del supuesto acontecer, ante la imposible demostración de no haber realizado la violenta conducta imputada.

En tales casos, el control casacional no puede limitarse a la mera constatación formal de que dicha declaración de la supuesta víctima es hábil para ser valorada como prueba de cargo, sino que *ha de ir más allá,para verificar* de manera concienzuda la racionalidad del proceso de decisión que fundamenta la condena.

El acusado no presenta *antecedentes* de conducta impropia en el periodo de tiempo que presta servicios en el centro Al-Quivir. Y la identificación del *vehículo* donde se dice realizados los hechos, no se produjo, teniendo en cuenta lo sostenido por el acusado y lo declarado por la supuesta víctima antes y en el juicio oral, no aclarado a pesar de las preguntas directas del propio tribunal (DVD 28 a 30), que sobre ello se limita a conjeturar en contra del acusado, presumiendo en contra del reo. Como también se presume respecto del acceso por el acusado a los *teléfonos* de la joven y de su familia.

En cuanto a la agresión Rosana no concreta las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ni siquiera si fue penetrada vaginalmente, tal como se aprecia en la grabación del juicio.

2. Debe tenerse presente que cuando en esta vía casacional se alega infracción de este fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este tribunal verificar que, efectivamente, el tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva *motivación* de la sentencia se ha expresado por el juzgador el *proceso de su raciocinio*, al menos

en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12-7 ; 831/2014, de 27 de noviembre).

Como señala la STS nº 831/2014, de 27 de noviembre , hay que recordar el ámbito del control casacional cuando se efectúa una denuncia de este tipo relativa a la presunción de inocencia. La Sala debe efectuar una triple verificación.

a) En primer lugar, debe analizar el "*juicio sobre la prueba*", es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.

b) En segundo lugar, se ha de verificar "*el juicio sobre la suficiencia*", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

c) En tercer lugar, debemos verificar "*el juicio sobre la motivación y su razonabilidad*", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir *si explicitó* los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión *intra processum* , porque es una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, sino también, *extra processum* , ya que la motivación fáctica actúa como mecanismo de *aceptación social de la actividad judicial*.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, *en sí misma considerada*, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque *no* se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, -- SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1065/2009 , 1333/2009 , 104/2010 , 259/2010 de 18 de Marzo , 557/2010 de 8 de Junio , 854/2010 de 29 de Septiembre , 1071/2010 de 3 de Noviembre , 365/2011 de 20 de Abril , 1105/2011 de 27 de Octubre , 1039/2012 de 20 de Diciembre , 33/2013 de 24 de Enero , 663/2013 de 23 de Julio , 82/2014 de 13 de Febrero , 181/2014 de 13 de Marzo ó 705/2014 de 31 de Octubre , entre otras--.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión. Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional, verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, *intermediación que no puede servir decoartada para eximirse de la obligación de motivar*.

3. Y, por lo que se refiere a la *declaración de la víctima* , no ignorándose la dificultad probatoria que se presenta en los delitos contra la libertad sexual por la forma clandestina en que los mismos se producen (STS de 12-2-2004, nº 173/2004), es doctrina reiterada la que tiene declarada la *aptitud de la sola declaración* de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (SSTS 434/99 , 486/99 , 862/2000 , 104/2002 , 470/2003 ; SSTC 201/89 , 160/90 , 229/91 , 64/94 , 16/2000 , 1507/2005, de 9 de diciembre , entre otras), siempre que concurren *ciertos requisitos* -constitutivos de meros *criterios* y no exhaustivas reglas de valoración- como:

a) Ausencia de incredulidad subjetiva, lo que excluye todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza.

b) Verosimilitud, que se da cuando las *corroboraciones periféricas* abonan por la realidad del hecho.

c) Persistencia y firmeza del testimonio.

Como recuerda la STS nº 1033/2009, de 20 de octubre , junto con la reiteración de esa posibilidad que ofrece la declaración de la víctima para ejercer como prueba de cargo sustancial y preferente, hemos venido reforzando los anteriores requisitos, añadiendo además la ineludible concurrencia de *algún dato, ajeno*

y externo a la persona del declarante y a sus manifestaciones; que, sin necesidad de constituir por sí mismo prueba bastante para la condena, sirva al menos de *ratificación objetiva a la versión* de quien se presenta como víctima del delito.

Todo lo cual no supone suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas con inmediación, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los propios imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración ponderada y directa del Tribunal sentenciador.

4. En nuestro caso, el tribunal de instancia en el *fundamento de derecho segundo* de su sentencia, reconoce que está " *ante un supuesto de valoración complejo y difícil que debe resolver apreciando las manifestaciones de la víctima en cada caso, lo que ha dicho y cómo lo ha dicho, sus gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas en su declaración, contrastándolas con las anteriormente depuestas en su caso, y lo constatado por otros medios de prueba*".

Lo que ocurre es que nos encontramos en el supuesto de crisis máxima de acusación, en cuanto que el testimonio de la presunta víctima, como dice el recurrente, es la *única prueba* de cargo, no sólo de la *autoría* del acusado, sino de la misma *existencia del delito*, no existiendo un solo dato objetivo que avale tal testimonio.

Es cierto que el tribunal *a quo*, valorando una prueba de carácter personal, como es la declaración de la denunciante, proclama que se cumplen en el caso todos los parámetros jurisprudenciales exigidos para entender de cargo tal declaración, pero en su explicación *incurre en un déficit* de expresión de la prueba corroboradora objetivamente del relato de la joven, sobre que "fue sometida a una relación sexual no consentida por ella", según inician los jueces *a quibus* su fundamento de derecho tercero.

Señala la sentencia (último párrafo del folio 9) que "*este testimonio ha quedado **corroborado** por la testifical del testigo Sr. Silvio, educador del Centro de acogida al que acude la menor y le cuenta lo ocurrido*". Testimonio, por tanto de referencia, que sólo evidencia que ella le contó algo, pero como podemos ver con muy pocas precisiones sobre lo *que pasó y dónde*:" que Germán fue a recogerla y la llevó a un parque y la obligó sexualmente, sin su consentimiento...sin que le concrete el menor *detalle alguno de esta relación ni si hubo o no penetración*". Tampoco sobre *cuándo* ocurrió: "*En cuanto al día en que tuvieron lugar esos hechos, tampoco se lo concretó diciéndole sólo, que se trataba de un día nublado, y durante su última fuga del Centro*". Poco sobre las razones por las que lo contaba: *Que la menor dijo que se había decidido a contarlo porque no soportaba ver a Germán...que él la miraba mal cuando la veía en el Centro...Y que Germán le había contado previamente que Rosana había tenido un comportamiento inestable irrespetuoso en general la noche anterior, y que se la había llamado la atención*."

Y la sentencia sigue señalando que la testigo Sra. Paulina, directora del Centro dijo que "*la menor Rosana estuvo fugada del centro durante los meses de marzo y mayo de 2011 y que el personal técnico auxiliar (como el acusado no tiene ni debe tener acceso a los expedientes de los menores (para conseguir sus teléfonos), si bien cómo manifestó el testigo Sr. Silvio... estos teléfonos estaban en el Centro y pudo tener acceso a los ordenadores...*".

A continuación el tribunal *a quo* se refiere a la *pericial* de la psicóloga del equipo Eicas, *ratificando su informe en el acto del juicio, dando explicaciones sobre el método utilizado, fuentes de estudio utilizadas en el análisis sobre la veracidad del testimonio de la menor...concluyendo que era probablemente creíble*".

Finalmente, la sala de instancia hace referencia a las declaraciones del propio acusado, indicando que: "*en el acto del juicio y como ya hiciera en la fase de instrucción, negó los hechos, negando que hubiese llamado por teléfono a Rosana, que hubiese quedado con ella, que se hubiesen visto fuera del centro, y que la hubiese sexualmente forzado. Negando que tuviese acceso a los teléfonos de los menores y sus datos personales. Si bien admitió que a Rosana antes de que hablara con el educador, le hizo una reducción por indicación de un educador. Alegando en su defensa, que este pudo ser el motivo de la denuncia de Rosana y como dato exculpativo también alegó que en esas fechas el vehículo que él tenía era un todo terreno de color blanco*."

Ante ello, considera la sala, que en cuanto al incidente no lo oculta Rosana, y en cuanto al vehículo que "*cuando Rosana fue preguntada...manifestó que se trataba de un vehículo normal, sin más dato de color azul... y que no era un todoterreno*". Añadiendo el tribunal que "*si bien el hecho de que en esas fechas el acusado hubiere adquirido un todo terreno de color blanco, como asimismo nos manifestó el testigo Sr. Silvio, ello no excluye que no hiciese uso de cualquier otro vehículo en el día en que fue a recoger a Rosana, ni que fuese propietario de otro coche que no fuese un todoterreno*". Comentario que no carece de lógica, lo que

pasa es que no añade nada al escaso acerbo probatorio, incluso cuando se trata de reforzar el argumento, diciendo que: " *Pero es más, consta por la pieza deresponsabilidad civil que el acusado es propietario de dos vehículos , siendo uno de ellos un Renault Megane matrículaNNN , y el otro un vehículo marca YamahaFFF , los cuales se encuentran embargados , y sin que conste que al tiempo de ser tramitada la pieza de responsabilidad civil fuese propietario de un vehículo todoterreno ,concretamente un Audi Q5, vehículo que ,manifestó el acusado en el acto del juicio, había adquirido en aquéllas fechas"*

Tales datos *nada aportan como prueba de cargo*, y mucho menos si se tiene en cuenta el contenido de la referida *pieza* de responsabilidad civil, formada en fecha 24-10-2014 y en la que, a través del Punto Neutro Judicial, en conexión con los datos obrantes en la DGT, obra la información de que el automóvil de turismo Renault Megane de referencia, cuyo color no consta, por el historial no fue adquirido por el recurrente antes del 26-4-2013 en que lo transfirió el anterior titular. Y que el vehículo marca Yamaha, no es sino una motocicleta.

Consecuentemente, no puede apreciarse que el tribunal de instancia contara con prueba suficiente, producida conforme a Derecho y valorada de modo racional, lógico y coherente. Puede pues concluirse, que una tardía denuncia por parte de la Administración, produjo una casi inexistente instrucción, y ello conllevó una acusación aventurada, la formulación de una proposición de débiles elementos probatorios de cargo de los hechos imputados, y una insuficiente expresión de los de convicción tomados en cuenta por el tribunal para entender desvirtuada la presunción de inocencia ,que amparaba al acusado.

Por todo ello, el motivo ha de ser estimado con las consecuencias absolutorias que se determinarán en segunda sentencia. Y estimada la primera parte del recurso, huelga entrar en la segunda, formulada por infracción de ley.

CUARTO .- En virtud de lo expuesto procede **estimar en parte** el recurso de casación formulado por infracción de ley y de derechos fundamentales, por la representación de D. Germán , declarando de oficio las **costas** de su recurso, de acuerdo con las previsiones del art. 901 de la LECr .

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **la estimación en parte** del recurso de casación por infracción de ley y de preceptos constitucionales, interpuesto por la representación de **D. Germán** , contra la Sentencia dictada con fecha 21 de Enero de 2016 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de **Sevilla**, dictada en el Rollo nº 5830/2014 , en causa seguida por delito de **agresión sexual** , y se declaran de oficio las **costa** s ocasionadas por su recurso.

Comuníquese esta sentencia, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, 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. Andrés Martínez Arrieta D. José Ramón Soriano Soriano D. José Manuel Maza Martín

D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro

382/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

Fallo: 21/09/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 756/2016

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Ramón Soriano Soriano

D. José Manuel Maza Martín

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

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 la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil dieciséis.

Por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el Rollo de Sala nº 5830/2014 correspondiente al Procedimiento Sumario número 2/2014, tramitado por el Juzgado de Instrucción número 20 de Sevilla, se dictó sentencia de fecha veintiuno de Enero de 2016, que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos en lo que no se opongan a lo que se señala en esta sentencia, con exclusión por ello de sus dos últimos párrafos.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el fundamento jurídico tercero de nuestra **sentencia** rescindente, no entendiéndose probados los hechos imputados al acusado, debemos absolver y **absolvemos**, con todos los pronunciamientos favorables, a D. Germán del delito de agresión sexual, por el que, como responsable en concepto de autor, fue condenado por la sentencia de instancia que se deja sin efecto.

III. FALLO

Debemos **absolver y absolvemos**, con todos los pronunciamientos favorables, a D. Germán del delito de agresión sexual, por el que, como responsable en concepto de autor, fue condenado por la sentencia de instancia que se deja sin efecto.

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

D. Andrés Martínez Arrieta D. José Ramón Soriano Soriano D. José Manuel MazaMartín

D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, 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.