

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **09/11/2022**

Nº de Recurso: **14/2022**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA CIV/PE

MURCIA

SENTENCIA: 00033/2022

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

MURCIA

-

Domicilio: RONDA DE GARAY, S/N Telf: 968229383 Fax: 968229128

Correo electrónico:

Equipo/usuario: PBG

Modelo: 001100

N.I.G.: 30030 43 2 2020 0012816

ROLLO: RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000014 /2022

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3 de MURCIA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000018 /2021

RECURRENTE: MINISTERIO FISCAL, Gervasio

Procurador/a: MARIA BELEN HERNANDEZ MORALES

Abogado/a: CARMEN RUIZ NICOLAS RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a:

Abogado/a:

Excmo. Sr.

D. Miguel Pasqual del Riquelme Herrero Presidente

Ilmos. Sres.

D. Joaquín Angel de Domingo Martínez

D. Francisco Javier Kimatrai Salvador

Magistrados

=====

En Murcia, a 9 de noviembre de 2022.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los tres magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA Nº 33/2022

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia ha visto las presentes actuaciones (Rollo 14/2022), en apelación de la sentencia dictada en fecha 7 de marzo de 2022 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia en el procedimiento

sumario ordinario nº 18/2021, dimanante a su vez del procedimiento sumario ordinario 2/2021, seguido en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Murcia. Ha sido parte en esta alzada como apelante don Gervasio (acusado), representado por la procuradora doña María Belén Hernández Morales y defendido por la letrada doña Carmen Ruiz Nicolás. Como apelado ha comparecido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Joaquín Ángel de Domingo Martínez, quien expresa la decisión de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia declara como HECHO PROBADO ÚNICO el siguiente:

Sobre las 3:30 horas del día 18 de julio de 2020 el acusado Gervasio y Rosario paseaban por el jardín de la Alameda, junto a la Autovía A-30 de Murcia y cerca del Malecón. Aprovechando que se trata de una zona con escasa iluminación y poco transitada a esa hora, el acusado empujó a la chica hacia un huerto colindante cubierto de maleza y totalmente a oscuras, y la tiró al suelo. A continuación, la sujetó del pelo y, a fin de satisfacer su deseo sexual, empezó a besarla en la boca y a efectuarle tocamientos en los pechos y genitales por encima de la ropa. Acto seguido, empezó a abrirla la blusa para tocarle los pechos y también empezó a bajarle el pantalón y trataba de abrirla las piernas, al tiempo que hacía lo mismo con su pantalón, pues tenía la intención de completar el acto sexual con penetración, mientras Rosario gritaba pidiendo auxilio. En ese momento, el acusado Gervasio fue sorprendido por una pareja de policías locales que, estando de servicio en la zona, oyeron los gritos de Rosario y accedieron al lugar donde los dos se encontraban, en auxilio de la chica.

SEGUNDO.- En la misma sentencia, la sala juzgadora dictó el siguiente FALLO:

Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Gervasio como autor de un delito de agresión sexual en grado de tentativa del art. 178 y 179 y 16 del C.P.; concurriendo la circunstancia agravante de aprovechamiento de tiempo y lugar del art. 22.2ª del C.P.; y le imponemos la pena de CUATRO años y SEIS meses de PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se impone al acusado Gervasio la medida de libertad vigilada por el tiempo de 5 años, a ejecutar con posterioridad a la pena de prisión.

Se impone también al acusado Gervasio el pago de las costas que se hayan causado.

Se mantienen las medidas cautelares acordadas por el Juzgado Instrucción nº 8 de Murcia (D.P. nº 1427/2020) en el auto de 19 de julio de 2020, referidas a la comparecencia quincenal del acusado y la prohibición de salida del territorio nacional, con retirada del pasaporte.

En sede de responsabilidad civil, condenamos al acusado Gervasio a que abone a Rosario la cantidad de 3.000 euros, más intereses legales.

Practíquense las anotaciones oportunas en los libros registro.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, conforme al art. 846 ter de la LECR.

Notifíquese también esta resolución a la víctima, de acuerdo con el Estatuto de la Víctima e infórmesele de lo dispuesto en el art 7 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, ante la posible insolvencia declarada del penado, haciéndole saber que la acción para solicitar las ayudas previstas en dicha ley prescribe por el transcurso del plazo de un año desde que se efectúe dicha notificación.

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, la representación de don Gervasio, interpuso recurso de apelación basado en los siguientes motivos. Motivo primero: vulneración del derecho de defensa, tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.1 y 2 CE, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ. Motivo segundo: vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE. Y motivo tercero: vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de elementos probatorios de cargo. En el suplico de su recurso, el apelante interesó se acordara la nulidad de lo actuado, retrotrayéndose las actuaciones hasta el momento anterior en que se produjeron las vulneraciones relacionadas en su escrito, y subsidiariamente, se revocara la sentencia recurrida con absolución del apelante.

CUARTO.- Del los recurso presentado se dio traslado a las partes personadas, evacuándose por el Ministerio Fiscal en el sentido de impugnarlo, en base a las alegaciones contenidas en su escrito, interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

QUINTO.- Teniéndose por interpuesto el recurso en ambos efectos, se remitieron por la Audiencia Provincial las diligencias originales a esta Sala de lo Civil y Penal, formándose el oportuno rollo. Por providencia de fecha 3 de octubre de 2022, se señaló la deliberación, votación y fallo de la causa para el 13 de octubre siguiente, tras la que se acordó dar traslado, efectuado por providencia de la misma fecha, a todas las partes para que manifestasen lo que a su derecho conviniese sobre la incidencia que sobre la decisión del presente recurso de apelación debiera tener la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, atendidas las disposiciones Transitorias 9º y 3º de las Leyes Orgánicas 10/95 y 1/23015; acordándose en la misma resolución señalar para la continuación de la deliberación el día 3 de Noviembre de 2022. Una vez evacuado el traslado conferido por la representación procesal del acusado Gervasio y por el Mº Fiscal, con el resultado que obra en autos, se continuó la deliberación en la fecha establecida.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se aceptan los que así se declaran en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Motivo primero: vulneración de los derechos de defensa, tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

1.- Con cita de los arts. 24.1 y 2 CE y 5.4 LOPJ, denuncia el recurrente en este primer motivo de su recurso la triple vulneración de sus derechos de defensa, tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, que pretende derivada de la falta de traslado efectivo a dicha parte de la grabación videográfica del juicio oral que había solicitado por tres veces en la secretaría del tribunal sentenciador, toda vez que en las dos primeras ocasiones se le habría entregado la grabación de un procedimiento distinto, y la tercera un archivo sin contenido, pues el video no se reproduce.

2.- El motivo fue impugnado por el Ministerio Fiscal considerando que debe ser desestimado en su integridad.

3.- Debe ser rechazado este primer motivo del recurso de apelación a la vista de la secuencia de actor procesales que constan en el expediente judicial electrónico:

a) Acontecimiento 163: en fecha 15 de marzo de 2022, el recurrente presentó escrito ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial solicitando una copia de la grabación original de la vista oral celebrada el 3 de marzo de 2022 e interesando la suspensión del plazo para interponer recurso de apelación;

b) Acontecimiento 165: el 18 de marzo de 2022, la letrada de la Administración de Justicia de la Audiencia Provincial dicta diligencia de ordenación haciendo saber al acusado que debe dirigir dicha petición al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP Penal), a través de la aplicación ACCEDA (que es la habilitada para la transferencia de archivos a los profesionales de las partes), acordando prorrogar cinco días el plazo para recurrir en apelación la sentencia de la Audiencia;

c) Acontecimiento 169: el mismo día 18 de marzo de 2022, el recurrente presenta un nuevo escrito ante la Audiencia informando de que ha solicitado la grabación del juicio por dos veces en la forma indicada en la diligencia de ordenación antes citada, con resultado infructuoso, al tiempo que anuncia que va a solicitar la grabación por tercera vez y solicita nueva ampliación del plazo para interposición del recurso de apelación hasta que se le haga entrega de la grabación interesada;

d) Acontecimiento 171: con fecha 21 de marzo de 2022, la letrada de la Administración de Justicia de la Audiencia dicta nueva diligencia de ordenación prorrogando, a la vista de lo interesado por el ahora recurrente, por cinco días el plazo para interponer recurso de apelación;

e) Acontecimiento 175: con fecha 28 de marzo de 2022, el recurrente presenta otro escrito manifestando que en el archivo que se le ha entregado no hay nada grabado al tiempo que reitera su intención de formular recurso de apelación contra la sentencia;

f) Acontecimiento 177: con fecha 30 de marzo de 2022, el recurrente interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada el 7 de marzo anterior en la presente causa, en cuya primera alegación interesa la nulidad de actuaciones derivada, precisamente, de la falta de traslado de la grabación videográfica de la vista oral, invocando vulneración de sus derechos de defensa, tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías;

g) Acontecimiento 180: el 5 de abril de 2022, la misma letrada de la Administración de Justicia dicta nueva diligencia de ordenación requiriendo a la representación procesal del acusado para que en el plazo de dos días comparezca ante el SCOP Penal de la Audiencia Provincial de Murcia a fin de facilitarle copia de la grabación solicitada (que se deja incorporada al expediente judicial electrónico como acontecimiento 179), debiendo aportar dispositivo de almacenamiento masivo (*pen-drive*) donde realizar la descarga de la grabación, al tiempo que *“se le hace saber que, a efectos de interponer recurso de apelación, dispondrá de un plazo de cinco días desde la puesta a disposición de la mencionada grabación”*; y

h) Acontecimiento 184: en fecha 29 de abril de 2022 la repetida letrada de la Administración de Justicia dicta diligencia de ordenación en los siguientes y literales términos: *“Habiendo transcurrido el plazo dado por resolución de fecha 05/04/22 sin haberse presentado nuevo escrito y teniendo por presentado el anterior escrito con fecha 30/03/22, interponiendo recurso de apelación contra la Sentencia dictada en el presente procedimiento, articulado por la representación de Gervasio, únase a las actuaciones. Una vez computados y transcurridos los plazos para la formalización de recurso, desde que se realizaron las notificaciones a los interesados, remítanse los autos a la UPAD y dese cuenta de su fecha de presentación y contenido para resolver sobre su admisión a trámite”*.

i) Acontecimiento 189: con fecha 17 de mayo de 2022 se dicta providencia de la meritada Sección Tercera en la que se tiene por interpuesto en tiempo y forma el recurso de apelación en su día presentado por el recurrente.

4.- En ese estado de cosas, ninguna vulneración de derechos de defensa, tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías puede ser argüida por el recurrente una vez que: 1) no presentó un segundo escrito de apelación ni modificó el primeramente presentado después de que, según se acordó por diligencia de ordenación de 5 de abril de 2022 se le dio traslado efectivo de la grabación que había venido interesando; y 2) se aquietó con lo acordado tanto en la diligencia de ordenación de 29 de abril de 2022 como en la providencia de 17 de mayo de 2022 en relación al trámite que procedía dar al único escrito de recurso de apelación presentado por dicho recurrente.

5.- Por todo lo cual, este primer motivo del recurso de apelación debe ser desestimado.

SEGUNDO.- Motivos segundo y tercero: vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

1.- Con cita de los arts. 24.2 CE, 5.4 LOPJ y 852 LECrim, denuncia el recurrente en los motivos segundo y tercero de su recurso una misma y única vulneración de su derecho a la presunción de inocencia; razón por la cual ambos motivos merecerán respuesta conjunta. Entiende la parte recurrente que no existe prueba de cargo suficiente para considerar probado que el acusado participara en los hechos que se le imputan, alegando la tardanza y la forma telefónica de declarar la víctima, así como la ausencia de parte médico de reconocimiento la noche de autos de la víctima.

2.- El Ministerio Fiscal solicita la desestimación de ambos motivos en base al principio de inmediación y las declaraciones del acusado, la víctima y testigos.

3.- La presunción de inocencia puede ser destruida por prueba de cargo debidamente practicada en el juicio oral (sentencia TS de 3.3.2006), que sea válida, cumpla las exigencias constitucionales y legales y tenga un contenido inculpatario suficiente para demostrar los hechos, siendo valorada de forma racional, lógica y siempre bajo las reglas de la sana crítica.

Pues bien, las pruebas practicadas desvirtúan la presunción de inocencia, ya que, en realidad el acusado fue descubierto *“in fraganti”* cometiendo los hechos descritos por dos policías locales que, alertados por los gritos de la mujer, se desplazaron hasta el lugar de los hechos hasta descubrir valiéndose de una linterna cómo, entre la hierba y la maleza, el acusado, con sus pantalones bajados, cogía del pelo a la mujer, que lloraba y tenía la blusa desabrochada y un poco bajados los pantalones. Prueba testifical de los policías locales que, en valoración conjunta con el propio testimonio de la mujer, resulta más que suficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia.

Respecto a la declaración de la mujer, su testimonio reúne los requisitos o notas que jurisprudencialmente vienen siendo exigidos (entre otras por la sentencia del TS 324/2002 de 25 de febrero, 15.4.1996, 11.2.2006, 3.1.2001 y 21.9.1998 y del TC nº 201/1989), para su validez, encuadrada como prueba testifical, practicada en el plenario habiendo gozado el tribunal de instancia del innegable beneficio de la inmediación judicial, junto con los principios de oralidad, publicidad y contradicción. Existe una credibilidad subjetiva, basada en las propias características físicas o psico orgánicas de la víctima, que no presentan deficiencia alguna, y sin que conste que existiera enemistad o resentimiento con el acusado. Su versión es creíble pues como antes se dijo en realidad se trata de un delito *“in fraganti”*, cuya consumación fue impedida por dos agentes de la Policía Local. Finalmente, la víctima siempre mantuvo la misma declaración. El hecho de que no existiera un parte médico de asistencia a la mujer no desvirtúa en modo alguno la credibilidad, verosimilitud y fiabilidad de dicho testimonio,

pues ésta jamás dijo que sufriera lesiones, debiéndose tenerse en consideración que se está ante una tentativa. Y por otra parte, tampoco lo desvirtúa la tardanza y la forma en que se ha obtenido la declaración de la víctima, ya que ella misma manifestó sentir vergüenza por los hechos y posteriormente padeció COVID, que la tuvo confinada, siendo sus manifestaciones en el juzgado de instrucción y en la audiencia provincial, en el juicio, coincidentes, lógicas y coherentes, sin contradicciones.

4.- En definitiva, la sentencia de instancia ha aplicado las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas practicadas en el plenario, dando el razonamiento fáctico y jurídico adecuado y pertinente. Procede, por ello, la desestimación de este primer motivo, al quedar desvirtuada la presunción constitucional de inocencia a través de la declaración de la víctima y de la testifical de los agentes de la Policía Local de Murcia que acudieron en auxilio de la víctima al oír sus gritos de socorro.

TERCERO.- Aplicación de legislación más favorable.

Establece el artículo 2.2 CP el principio de retroactividad de la norma penal más favorable al reo. En el mismo sentido se pronuncia la Disposición Transitoria Primera de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ante la ausencia de previsión expresa de la LO 10/2022 sobre Derecho transitorio aplicable, resultan de aplicación analógica las previsiones que al respecto se establecen en las Disposiciones Transitorias 9ª y 3ª de la Leyes Orgánicas 10/95 y 1/2015 que, respectivamente y en lo que aquí concierne, prevén que en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de *vacatio*, las siguientes reglas: a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva Ley, cuando resulten más favorables al reo.

Corresponde, pues, a esta Sala Civil y Penal, en su condición de órgano de apelación, la adecuación de la pena a la reforma operada por LO 10/2022 en la medida en que la misma resulte -y efectivamente lo es, como enseguida veremos- más beneficiosa para el acusado.

En el caso presente, la pena con la que se sanciona el delito tipificado en el artículo 179 CP ha sufrido una clara atenuación, pasando de una pena privativa de libertad de 6 a 12 años a otra de 4 a 12 años. La rebaja en un grado correspondiente al delito intentado determina así una nueva pena privativa de libertad de 2 años y 1 día a 4 años (y no la de 3 años y 6 meses a 6 años que correspondería conforme a la antigua redacción). Finalmente, la aplicación de la agravante del artículo 22.2 CP apreciada en la sentencia de instancia, impone preceptivamente la aplicación de la pena antes señalada en su mitad superior, lo que arroja un saldo penológico con un mínimo de 3 años y 1 día y un máximo de 4 años. Para la concreta individualización de la pena, entendemos que procede efectuar un juicio de reproche similar o equivalente al efectuado por el tribunal a quo en el momento de concretar la pena impuesta, de forma que la nueva pena guarde con la extensión en que la nueva normativa permite imponerla la misma proporción que la pena concreta impuesta en sentencia guardaba con la extensión en que la legislación derogada permitía su concreción. Así las cosas, trasladaremos nosotros a nuestra decisión el criterio del tribunal sentenciador en la instancia cuando optó por la mínima extensión de la pena resultante, que en el presente caso será de 3 años y 1 día (en vez de los 4 años y 6 meses de la regulación anterior).

CUARTO.- Costas procesales.

De conformidad con lo previsto en los arts. 239 y 240 LECrim, han de ser declaradas de oficio las costas procesales.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución,

FALLAMOS

1º.- DESESTIMAR el recurso de apelación presentado por la representación procesal del acusado Abdoulaye Traore, contra la sentencia dictada en fecha 7 de marzo de 2022, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia en el procedimiento sumario ordinario nº 18/2021.

2º.- CONFIRMAR la indicada sentencia, pero modificando la pena impuesta, por aplicación más favorable de la prevista en la reforma legal operada por LO 10/2022, que queda así fijada en TRES AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN (en lugar de la impuesta en la sentencia recurrida de cuatro años y seis meses). Manteniéndose el resto del fallo de la sentencia recurrida en su integridad.

3º.- DECLARAR de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese a todas las partes personadas en esta alzada, y póngase en conocimiento de Rosario en su condición de víctima, por medio de su representación procesal en la causa, tal como disponen los artículos 109 LECrim. y 7 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.

Frente a esta resolución cabe recurso de casación previsto en los artículos 792.4 y 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo manifestar el que lo interponga la clase de recurso que trate de utilizar, petición que formulará mediante escrito autorizado por abogado y procurador dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la Sentencia, y que solicitará ante este Tribunal.

A efectos del cómputo del indicado plazo se hace saber expresamente a las partes que la presente sentencia se notificará exclusivamente a los representantes procesales de las partes, al estimar que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (autos de 18/07/2017, Queja 20011/17, de 22/02/2018, Queja 20219/2017, de 23/05/2019, Queja 20090/2019, de 17/10/2019, Queja 20241/2019, de 11/04/2019, Queja 21145/2018, de 22/10/2020, Queja 20407/2020) no se requiere la notificación personal a sus representados.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados de la misma.