



Roj: **STS 2837/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2837**

Id Cendoj: **28079120012021100607**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2021**

Nº de Recurso: **10641/2020**

Nº de Resolución: **597/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 597/2021

Fecha de sentencia: 06/07/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10641/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10641/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 597/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Antonio del Moral García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 6 de julio de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10641/2020 interpuesto por **Alvaro** representado por la procuradora Sra. D.ª Lucía Gloria Sánchez Nieto bajo la dirección letrada de D.ª Marta Menoyo Urquiza contra Sentencia de fecha 10 de septiembre de 2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que desestimaba los recursos de apelación del condenado y otro interpuestos contra la sentencia nº 145/2020 dictada por el Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Séptima) que condenaba a Alvaro como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual. Ha sido parte recurrida Estrella (representante legal de la menor Marcelina) representada por la Procuradora sra. D.ª Sara Natalia Gutiérrez Lorenzo y bajo la dirección letrada de D. Jaime Doreste Hernández. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Séptima) procedimiento elevado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION000, se dictó Sentencia, con fecha 26 de febrero de 2020 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"Mediante la prueba practicada en el acto del juicio oral ha resultado probado, y así se declara, que la tarde del 24 de septiembre de 2018, la menor Marcelina, nacida el NUM000 de 2003, y por tanto, de 15 años de edad en el momento de los hechos, acudió junto con unas amigas al piso NUM001 del inmueble denominado " DIRECCION001 " de DIRECCION000, donde residían los procesados Alvaro, mayor de edad, con NIE núm. NUM002 y sin antecedentes penales, y Florencio, mayor de edad, indocumentado, con número de protección NUM003 y sin antecedentes penales, así como otras personas no identificadas.

Una vez en el lugar, los procesados Alvaro, y Florencio y un tercero no identificado, aprovechándose de que la menor estaba adormecida tras haber consumido previamente alcohol y sustancias estupefacientes, accedieron a la habitación en la que dormía y, sin el consentimiento de aquella y en contra de su voluntad, la penetraron vaginalmente.

Así, en un primer momento accedió a la habitación el acusado Alvaro quien, a pesar de que la menor se opuso expresamente a mantener relaciones sexuales con él, aprovechándose de la escasa consciencia de aquella debido al consumo de alcohol y drogas que le imposibilitaba cualquier reacción física por su parte, le inmovilizó cogiéndole del cuello, para seguidamente bajarle los pantalones y las bragas, introdujo su pene en la vagina de la menor, sin que conste que eyaculara en su interior; sin que haya quedado acreditado que la equimosis que la menor presentaba en la cara lateral del cuello fuera consecuencia de los actos realizados por el procesado.

A continuación, entró en la habitación otro varón no identificado que, pese a la oposición de Marcelina, la penetró vaginalmente.

Seguidamente, entró en la habitación en la que estaba Marcelina el acusado- Florencio quien, pese a la expresa oposición de la menor y aprovechándose igualmente de la escasa consciencia de la misma debido al consumo de alcohol y drogas que le imposibilitaba cualquier reacción física por su parte, introdujo su pene en la vagina de aquella, eyaculando en su interior.

La menor Marcelina está diagnosticada de DIRECCION002 de déficit intelectual leve.

Como consecuencia de estos hechos, el Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000 acordó la prisión provisional de ambos acusados por auto de fecha 5 de octubre de 2018.

En la fecha de los hechos, los acusados Alvaro, y Florencio habían consumido bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes, consumo que afectaba levemente sus facultades volitivas e intelectivas".

SEGUNDO.- En su parte dispositiva la sentencia establece:

<<FALLO.- Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado Alvaro como autor de un delito de agresión sexual con acceso carnal vía vaginal, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de embriaguez, a las siguientes penas:

1. 6 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena en aplicación de lo dispuesto en el art. 56 del Código Penal;
2. Prohibición de aproximación a una distancia no inferior a 1.000 metros de la persona de Marcelina, de su domicilio, centro de trabajo o cualquier otro lugar donde se encuentre, así como la prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio por tiempo superior en 7 años a la pena de prisión impuesta;



3. La medida de libertad vigilada por un período de 7 años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad;
4. La sustitución de la pena de prisión por su expulsión del territorio nacional una vez haya cumplido efectivamente las 2/3 partes de la pena de prisión impuesta, sustituyendo el resto de la pena de prisión, o en su caso cuando acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional, por la expulsión del territorio español con prohibición de entrada por plazo de 5 años.
5. En concepto de responsabilidad civil, indemnizará a Marcelina en la suma de 20.000 euros por los daños morales causados, más los intereses legales conforme el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;
6. Con imposición de la mitad de las costas procesales causadas, con inclusión de las de la acusación particular;

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS al procesado Florencio como autor, de un delito de abuso sexual con acceso carnal vía vaginal, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de embriaguez, a las siguientes penas:

1. 4 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena en aplicación de lo dispuesto en el art. 56 del Código Penal;
2. Prohibición de aproximación a una distancia no inferior a 1.000 metros de la persona de Marcelina, de su domicilio, centro de trabajo o cualquier otro lugar donde se encuentre, así como la prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio por tiempo superior en 5 años a la pena de prisión impuesta;
3. La medida de libertad vigilada por un período de 5 años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad;
4. La sustitución de la pena de prisión por su expulsión del territorio nacional una vez haya cumplido efectivamente las 2/3 partes de la pena de prisión impuesta, sustituyendo el resto de la pena de prisión, o en su caso cuando acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional, por la expulsión del territorio español con prohibición de entrada por plazo de 5 años.
5. En concepto de responsabilidad civil, indemnizará a Marcelina en la suma de 15.000 euros por los daños morales causados, más los intereses legales conforme el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;
6. Con imposición de la mitad de las costas procesales causadas, con inclusión de las de la acusación particular.

ABSOLVEMOS al procesado Alvaro del delito leve de lesiones del que venía siendo acusado.

Notifíquese esta resolución a las partes y hágaseles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el plazo de diez días hábiles >>.

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por el acusado Alvaro y otro, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, que dictó Sentencia, con fecha 10 de septiembre de 2020 con la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS los dos recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de D. Alvaro y de D. Florencio contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 26 de febrero de 2020 en el Rollo Sumario nº 13 de 2019, Sumario 5 de 2018 del Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION000 (Barcelona) y en consecuencia DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha sentencia en su integridad, y declaramos de oficio el pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes personas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional por Alvaro que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegado por Alvaro .



Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y 5,4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). **Motivo segundo.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º LECrim por error de hecho en la apreciación de la prueba.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto impugnando los dos motivos; la representación legal de la menor Marcelina , D.ª Estrella , igualmente los impugnó. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 22 de junio de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aunque el recurso formalmente contiene dos motivos, materialmente ha ser reducido a una única pretensión impugnatoria. El segundo de los motivos carece de autonomía, amén de resultar inviable en tanto no guarda correspondencia con la apelación previa. Es doctrina consolidada -el Fiscal se preocupa de recordarla-, que no son admisibles impugnaciones *per saltum* en casación; es decir, articular motivos que antes no hubiesen sido objeto de estudio y decisión por el TSJ en la apelación desestimada.

El motivo, en todo caso, resultaría por sí inviable: a través del art. 849.2º LECrim cuestiona la caracterización de la patología psíquica de la víctima como vinculada a un DIRECCION002 . Ese diagnóstico aparece en algunos de los informes obrantes en la causa. Se apoya, en cambio, el recurrente en un informe posterior que sostiene que la víctima padece un trastorno de conducta, no reconducible a un DIRECCION002 , rectificando aquéllas conclusiones iniciales. El recurso analiza, con la minuciosidad que caracteriza toda la labor de la letrada que lo suscribe, las vicisitudes de los diferentes informes recogidos atinentes a ese extremo. Concluye, probablemente con razón, que no hay incompatibilidad entre unos y otros: únicamente un diagnóstico final definitivo frente a otros anteriores todavía provisionales.

Pero, aunque admitiésemos esa deducción, no podemos derivar de la misma ninguna repercusión sobre la parte dispositiva de la sentencia. La Audiencia descartó la presencia de elementos suficientes para construir un subtipo agravado basado en la mayor vulnerabilidad como consecuencia del padecimiento psíquico de la víctima. Y, si bien es cierto que el hecho probado hace referencia a esa conexión con el DIRECCION002 , no extrae el Tribunal consecuencia alguna en orden a la subsunción jurídica.

El recurso arguye que el dato ha podido influir en la valoración probatoria. Pero ese hilo argumental escapa de lo que es el campo de juego natural de un motivo por *error facti*: nos adentra en el debate sobre presunción de inocencia y valoración de las declaraciones de la víctima. De esa conclusión médica -es evidente- no se puede deducir ni la inocencia del acusado; ni la mendacidad o veracidad de las declaraciones de Marcelina . Lo que hace el recurso en este punto es especular sobre posibles razones que hubieran podido llevar a Marcelina a no ajustar sus manifestaciones a la realidad. En abstracto sería algo posible, pero no algo ligado inexorablemente a lo resultante de ese informe facultativo. El art. 849.2º LECrim exige certeza derivada de un documento y directamente relevante para la calificación jurídico penal; no un punto de apoyo para ulteriores argumentaciones complementarias e impescindibles para el objetivo de rebatir lo sostenido en la sentencia.

Es factible refundir las alegaciones contenidas en este motivo con las del primero por **presunción de inocencia** (art. 852 LECrim). Pero, desde luego, no puede ser tratado con autonomía por faltar los más elementales presupuestos de ese angosto canal de acceso a la casación (litosuficiencia, repercusión en la parte dispositiva de la conclusión que se quiere añadir, congruencia plena con los restantes elementos de prueba...).

SEGUNDO.- El primer motivo cuestiona la valoración probatoria, mediante la palanca que proporciona el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) como trampolín para acceder a la casación (art. 852 LECrim).

Enseña la STC 33/2015, de 2 de marzo, que es doctrina clásica -reiterada desde las ya lejanas SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 1, ó 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2- que la presunción de inocencia, además de constituir criterio informador del ordenamiento procesal penal, es, ante todo, un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en Sentencia. La condena sólo gozará de legitimidad constitucional si ha mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por el Tribunal penal, pueda entenderse de cargo y suficiente.

A juicio del recurrente, no se han respetado las exigencias últimas de tal derecho constitucional: la prueba de cargo sería insuficiente y no habría sido correctamente valorada.



El fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia, cuyas conclusiones han sido refrendadas en apelación, detalla y glosa la prueba que sostiene el pronunciamiento condenatorio. Las manifestaciones de la menor víctima constituyen el elemento esencial: fueron oídas directamente por el Tribunal.

El recurrente, apoyándose en las consideraciones también contenidas en las sentencias de instancia y apelación, evoca la doctrina de esta Sala que analiza y recrea la temática relativa a las manifestaciones de la víctima y sus singularidades cuando se usa como prueba idónea para desmontar la presunción constitucional de inocencia. También rememora oportunamente algún pronunciamiento que resaltaba la especial cautela que debe rodear la tarea de valoración probatoria en los casos en que solo se cuenta con la declaración de la víctima.

Los protocolos y tests orientadores que ha ensayado la jurisprudencia y que utiliza como guión preliminar de su motivación fáctica el Tribunal de instancia, no son reglas o requisitos, sino criterios de valoración.

La condena dictada no contradice la doctrina jurisprudencial que se trae a colación. Su argumentación muestra una valoración probatoria razonada. La Sala de instancia descartó motivos de incredulidad, aunque admite implícitamente que pueden existir contradicciones en algunos puntos, u oscilaciones en aspectos que, por no ser esenciales, no descalifican el conjunto de las declaraciones.

No es la casación marco propicio para una revaloración de las declaraciones personales para lo que, además, no se presenta como herramienta hábil la presunción de inocencia. La credibilidad de los testimonios (STC 133/2014) no forma parte del contenido decisorio revisable desde el derecho a la presunción de inocencia.

Temática similar a la ahora presentada aparece con frecuencia en la praxis de este Tribunal. Tomamos ahora algunas referencias de las SSTS 223/2020, de 25 de mayo y 69/2020, de 24 de febrero.

No se trata -enseñan los precedentes de esta Sala- de revalorar esa la prueba para plantearnos si personalmente participamos de la convicción reflejada en la sentencia o si, por el contrario, se abre en nuestro ánimo paso alguna duda. El principio *in dubio* no va dirigido al Tribunal de casación. Quien tiene que dudar para que proceda la absolución es el juez en la instancia -o, con algún matiz, en la apelación-; sin perjuicio de que en ocasiones la jurisprudencia hable también de casos en que pueda afirmarse "objetivamente" que el Tribunal *debió dudar* (STS 991/2014, de 4 de junio) acuñándose una especie de "incertidumbre objetiva" que convertiría en insuficiente la certeza subjetiva del juzgador.

Por mucho que se hayan ensanchado las vías casacionales al impulso de la presunción de inocencia y, hasta cierto punto también, como legítimo paliativo a un crónico déficit de nuestro ordenamiento procesal penal - la inexistencia de una doble instancia plena- ya corregido (en este asunto ha existido una previa apelación), la casación mantiene su condición de recurso extraordinario, esencialmente diferente a la clásica apelación. Hemos de ser muy cuidadosos para no invadir las competencias del Tribunal de Instancia subvirtiendo el reparto de espacios funcionales trazado por el legislador, y para no caer en un *travestismo* procesal, operando como Tribunal de apelación al conocer de una casación.

Al mismo tiempo, empero, no podemos abdicar de la necesidad de otorgar tutela judicial *efectiva* -en el sentido constitucional- a quien acude al Tribunal Supremo. Hemos de auto-restringirnos para no usurpar atribuciones -valoración de la prueba- que el legislador ha residenciado en los tribunales de instancia. No somos nosotros los llamados a alcanzar una *certeza más allá de toda duda razonable*: solo nos corresponde comprobar si el tribunal de instancia la ha obtenido de forma legalmente adecuada y respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia. Por eso no basta con que pudiéramos esgrimir algún tipo de discrepancia en los criterios de valoración de la prueba con el Tribunal de instancia -eso, ni siquiera nos corresponde planteárnoslo-. Solo debemos sopesar si en el *iter* discursivo a través del cual el Tribunal ha llegado desde el material probatorio a la convicción de culpabilidad se detecta alguna quiebra lógica o algún déficit no asumible racionalmente, o si el material probatorio no es, en abstracto, concluyente.

Hay que eludir la tentación de convertir una divergencia valorativa en causal de casación. Pero, al mismo tiempo, no debemos cercenar indebidamente el juego que en la casación corresponde a dos derechos fundamentales de primer orden como son la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia.

El equilibrio es complicado.

TERCERO.- Recordemos la doctrina sobre el control que desde la casación podemos hacer con la guía de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva (arts. 852 LECrim y 24.1 y 2 CE).

La entronización del derecho fundamental a la presunción de inocencia como motivo de casación no transmuta la naturaleza extraordinaria de ese recurso. Ni franquea las puertas para una indiscriminada "revaloración" de la actividad probatoria a espaldas del principio de inmediación. De la tarea de valoración de la prueba es depositario el Tribunal de Instancia.



El derecho a la presunción de inocencia encierra la prohibición constitucional de ser condenado sin que se hayan realizado pruebas **i)** de cargo, **ii)** válidas, **iii)** revestidas de las necesarias garantías, **iv)** referidas a todos los elementos esenciales del delito, y **v)** de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado sin quiebras lógicas. No impone ese derecho la exigencia de que esas pruebas sean aptas para convencer de la culpabilidad a todo observador imparcial externo. Sólo existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo (SSTC 68/2010, de 18 de octubre Fundamento Jurídico Cuarto; 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a)-, ó 126/2011, 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-). Presunción de inocencia es compatible con que una misma actividad probatoria sea capaz de generar conclusiones divergentes en jueces igualmente imparciales. Además de la prueba concluyente una condena exige la certeza personal del juez que no es seguridad matemática ni se contrapone a dudas concebibles en abstracto.

El control en vía de recurso sobre el respeto a la presunción de inocencia exige:

- i)** depurar el material probatorio para expulsar de él la prueba ilícita o no utilizable por no haber estado revestida su práctica de las garantías imprescindibles (contradicción, publicidad);
- ii)** a continuación, valorar el material restante comprobando si en abstracto era razonablemente suficiente para que el juzgador racionalmente pudiese llegar a una convicción exenta de toda duda sobre la culpabilidad; y,
- iii)** finalmente, testar si, en concreto, esa convicción está motivada de forma lógica. Al introducir un juicio de *racionalidad* dentro del margen de fiscalización que se habilita desde la presunción de inocencia se crean puntos de confluencia con el derecho a la tutela judicial efectiva desde el momento en que es exigencia anudada a ella que la respuesta jurisdiccional sea racional y motivada en derecho.

El salto que se da en numerosos pasajes del recurso de lo abstracto (único en el que nos podemos mover en casación: si razonablemente el conjunto probatorio permite sustentar una convicción de culpabilidad) a lo concreto (si *in casu* el material probatorio; y en particular el testimonio cambiante de la víctima, debería haber sido puesto en cuestión, o si el Tribunal de instancia debiera haber albergado dudas) no cabe en casación. Sentada la suficiencia en abstracto de la prueba y el ajuste a parámetros de lógica de la forma de deducir y razonar del Tribunal de Instancia, el debate sobre la credibilidad mayor o menor de unos medios de prueba frente a otros, la interrelación entre todos ellos, el contraste entre la proclamada inocencia del acusado y los elementos de prueba testificales o de otro signo que apuntan en dirección contraria, queda agotado en la instancia y no puede reproducirse en casación sin traicionar el reparto de funciones que nuestro legislador procesal ha establecido entre el Tribunal de instancia y el de casación.

En muchos de sus argumentos, -la mayoría- el recurrente pretende reabrir ese debate, lo que no se compadece ni mal ni bien con la naturaleza del recurso de casación. No es la casación marco adecuado para el prolijo y meritorio análisis crítico que el recurso efectúa de la testifical y el resto de la prueba. No podemos adentrarnos en el territorio al que nos empuja sin invadir zonas que constituyen dominios del Tribunal de instancia.

Sin embargo sí se detectan algunas cuestiones en que su discurso es armonizable con un alegato en casación por presunción de inocencia, aún entendida con estas limitaciones estructurales. Lo veremos después.

CUARTO.- Un axioma básico que es pertinente consignar aquí es el recordatorio de la posibilidad de que una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima pueda desactivar la presunción de inocencia.

La vieja máxima de raíces judeo-cristianas *testis unus testis nullus* ha sido abandonada en el moderno proceso penal. Ello no puede degenerar en una relajación del rigor con que debe examinarse la prueba, ni una debilitación del *in dubio*. Esa deriva es fruto de la inconveniencia de condicionar la valoración probatoria por rígidos moldes legales diferentes a las máximas de experiencia y reglas de la lógica y del repudio del arcaico sistema de prueba legal.

El hecho de que la prueba esencial venga constituida por el testimonio de la víctima es compatible con la presunción de inocencia. Están superadas épocas en que la ley desdeñaba esa prueba única (*testimoniun unius non valet*), considerándola insuficiente por imperativo legal (prueba legal negativa) y no por valoración de un Tribunal. Ese cambio de paradigma no vino como fruto de concesiones para evitar la impunidad de ciertos tipos de delito en que normalmente no se cuenta con más prueba que la palabra de la víctima. No es coartada teórica para degradar la presunción de inocencia. Las razones de la derogación de tal regla radican en el sistema de valoración racional de la prueba y no en un inasumible pragmatismo defensorista que obligase a excepcionar principios esenciales.

La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia



hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto de fe ciego, de una intuición, o de un "pálpito" bendecido irracionalmente con la invocación a una etérea intermediación, como coartada de la orfandad motivadora.

En los casos de "declaración contra declaración" (aunque normalmente no aparecen supuestos en ese estado puro y desnudo, sin otros elementos concomitantes), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa, en lo esencial, en una testifical ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Sus exigencias se acrecientan.

No sería de recibo un argumento que basase la procedencia de esa prueba única en el riesgo de impunidad. Esto recordaría los llamados *delicta excepta*, y la máxima: "*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudice iura transgredi*" (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado "ninguna prueba", la menor conjetura basta para penar al acusado) contra la cual lanzaron aceradas y justificadas críticas los penalistas de la Ilustración. La aceptación de esa premisa aniquilaría la presunción de inocencia como tal. La Sentencia del TS americano que a finales del siglo XIX, esgrimía, con esa terminología por primera vez en aquel Tribunal, la presunción de inocencia -caso *Coffin v. United States*-, evocaba un muy citado suceso tomado del Derecho romano que es elocuente y sigue enseñando al jurista del siglo veintiuno: cuando el acusador se dirigió al DIRECCION003 arguyendo, temeroso de que se desestimase su pretensión, "... *si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?*"; recibió esta sensata réplica: "*Y si fuese suficiente con acusar, qué le sobrevendría a los inocentes?*".

La testifical de la víctima, ciertamente, puede ser prueba suficiente para condenar; pero es imprescindible una motivación fáctica reforzada que vaya mucho más lejos de un desnudo "es creíble", "me ha convencido", "la creo".

En ese contexto encaja bien el triple test antes mencionado establecido por la jurisprudencia para valorar la credibilidad del **testigo víctima** -persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores (verosimilitud), ausencia de motivos de incredibilidad diferentes a la propia acción delictiva-. No se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad, sino meras orientaciones que han de ser ponderadas en tanto constituyen herramientas que ayudan a acertar en el juicio. Son puntos de contraste que no se pueden soslayar. Pero eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar "por imperativo legal" crédito al testimonio. Ni, tampoco, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, *ex lege*, por ministerio de la ley (prueba legal negativa) -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena. Ni lo uno ni lo otro. Es posible no conferir capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su reconocimiento, v.gr), pese a que ha sido persistente, congruente y coherente; cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla; y no se ha identificado ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es perfectamente imaginable que una sentencia condenatoria tome como prueba esencial la única declaración de la víctima huérfana de elementos corroboradores de cierta calidad, que ha sido fluctuante por ocultar inicialmente datos o por cambios o alteraciones en las diferentes declaraciones; y pese a identificarse una animadversión dilatada en el tiempo entre víctima y acusado, siempre que el Tribunal analice cada uno de esos datos y justifique de forma convincente y racionalmente compartible por qué, a pesar de ellos, no tiene dudas sobre la realidad de los hechos y la autoría (aunque no es lo más frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor).

QUINTO.- El recurso se adentra con esmerado cuidado y un análisis detalladísimo y profundo de las actuaciones (elogiable por lo que refleja en orden a la responsabilidad con que se ha asumido la labor de defensa encomendada, en este caso a través del turno de oficio, ofreciendo una buena muestra de una profesionalidad que no está reñida con el turno de oficio), en la exposición de cuantos puntos débiles pueden descubrirse en el testimonio de la víctima. Apunta eventuales razones de incredibilidad (autojustificación ante las responsables del centro de protección, donde estaba internada); sus, desde luego, no menores ni insignificantes, contradicciones en algunos extremos; su estado de confusión y obnubilación (ingesta de drogas y bebidas) que objetivamente restan fiabilidad a sus declaraciones; y algunas explicaciones que no parecen verosímiles (situación descrita en alguna de sus sucesivas versiones de haber sido objeto de tres penetraciones por tres sujetos distintos mientras su *novio* dormía al lado, impasible e inmune a los *pellizcos* con los que intentaba llamar su atención). Las rectificaciones en otros puntos de cierta importancia impuestas por otras evidencias (lesiones en el cuello que en algún momento se atribuyeron a la presión ejercida por Alvaro; para finalmente admitirse que fueron consecuencia de *chupetones* dados en esa zona por Aureliano, su novio (¿?), con su pleno asentimiento) son también blandidas.

Todo ese ramillete de debilidades objetivas del testimonio se presenta como plataforma sustentadora de las peticiones del recurso, una principal (la absolución por falta de prueba de que el acusado penetrase a la menor); otra subsidiaria (condena por abuso sexual, al no poder estimarse acreditado el empleo de violencia); y, una



tercera, intermedia, nada convincente, a tenor de la cual habría que recelar del rendimiento probatorio del reconocimiento en rueda.

Sinteticemos algunas de las circunstancias destacadas en el recurso. De una parte, se recuerda cómo la menor en una de sus manifestaciones (en sede policial) atribuye a Aureliano una violación unos días antes; hechos contradichos tanto por sus declaraciones posteriores (otorgando a Aureliano la condición de *novio* a pesar de conocerlo desde hacía muy pocos días; y explicando que la tarde de los hechos tuvo relaciones sexuales consentidas con él), como por las manifestaciones de su amiga María Virtudes .

Se llama la atención sobre cómo se ha evaporado uno de los indicios que llevaban a sostener la presencia de violencia: marcas en el cuello que sustentaban una acusación simultánea por delito de lesiones, finalmente caída de las conclusiones definitivas, ante la evidencia (la menor así lo declaró) de que se debían a acciones de significado afectivo-sexual del citado Aureliano (hoy en paradero desconocido y con quien la menor no volvió a tener relación).

Se destaca la aparentemente contradictoria combinación de esa triple violación consecutiva y realizada aisladamente por tres personas diferentes, con la presencia en la vivienda de su novio (Aureliano ; en algunas declaraciones incluso le situó durmiendo a su lado durante los episodios), explicándola por su incapacidad de reaccionar dado su estado de obnubilación derivado de la ingesta de drogas y bebidas alcohólicas y, en el primer caso, además, aunque de forma un tanto vaporosa, a una esporádica violencia ("*la cogió del cuello*"). No queda totalmente aclarado por qué en el primero de los casos (el atribuido al ahora recurrente) era necesaria esa hipotética fuerza, cuando ya su estado era del tenor descrito sin resortes para la oposición; y en los siguientes claudicase, dejando hacer sin más, aunque tras una más o menos explícita negativa.

Se quiere también detectar un elemento de contradicción en la actitud de la recurrente de enfrentamiento con Daniel , el novio de María Virtudes , instantes antes de los episodios de violación. Si mantiene que en ese momento no tenía ya capacidad de reaccionar frente a las agresiones sexuales de que fue víctima, no se entendería ese previo choque con Daniel , producido voluntariamente y de forma proactiva, por iniciativa de Marcelina que acudía en apoyo de su amiga.

Que no hayan aparecido restos biológicos en su prenda interior de Alvaro propiciaría una solución en el sentido pretendido por el recurrente (aunque a ello cabe oponer que esa ausencia no es en absoluto concluyente: no es seguro que se produjese eyaculación y, además, las conclusiones del propio informe admiten la presencia de otros restos no identificables..

Se enfatizan también las vacilaciones de la víctima a la hora de concretar si el acusado eyaculó o no en su cavidad vaginal; las divergencias sobre el número de personas en la casa (hasta 18 llega a decir la víctima en algún momento, en contradicción con algunas de sus declaraciones anteriores y de la versión de otros de los presentes y, entre ellos, su amiga y acompañante María Virtudes); las manifestaciones de María Virtudes que, pese a estar presente, refiere no haberse percatado de nada anormal (explicándolo por su profundo sueño), la complexión física de la menor que ha llevado a descartar que los acusados conociesen su edad, en comparación con la escasa corpulencia del acusado.

Frente a ese conjunto de elementos que, desde luego, no son desdeñables (y esta Sala ha tenido ocasión de contrastar revisando las actuaciones y visionando el plenario: art. 899 LECrim), contó la Audiencia, sin embargo, con algunas corroboraciones. No lo son propiamente algunas de las identificadas como tales por la Sala de instancia pues o no aportan nada específico respecto de la acción delictiva (efectiva presencia en esa vivienda, aceptación por el recurrente del encuentro en tal lugar...); o no son disociables de las propias declaraciones de la víctima (reconocimientos en rueda). Sí pueden serlo, aun manteniendo una indudable vinculación con la declaración que es la prueba principal, el relato a María Virtudes al regresar ambas en el tren la mañana siguiente, o la información ofrecida a las responsables del centro. Pero, a fin de cuentas, la fuente es la misma: la víctima. No proceden de una fuente independiente.

Lo es, de mayor valor, la aparición en las prendas interiores de la menor de restos biológicos del otro condenado. Éste inicialmente había negado las relaciones sexuales con la menor. El vestigio, de fuerza inapelable, acredita que la menor decía la verdad frente a la negativa del coacusado. De hecho, éste se vió obligado a aceptarlo en el juicio oral, cambiando su versión, aunque para sostener que fueron relaciones consentidas. El dato es muy relevante.

Han perdido en cambio todo valor como elemento corroborador las señales que presentaba Marcelina en el cuello, a la vista de la versión final de la menor.

SEXTO.- El Fiscal esgrime que no podemos tomar en consideración todo ese rico bagaje argumental en tanto no se volcó en la apelación. Pero la imposibilidad de hacer valer en casación cuestiones nuevas, es decir, no planteadas en apelación, se refiere a pretensiones impugnativas; no a argumentos. Por supuesto



que son admisibles nuevas alegaciones o argumentos novedosos en apoyo de la pretensión desestimada. No cabe variar el objeto del recurso pero sí su ropaje argumental, enriqueciéndolo o revisiéndolo de nuevas perspectivas o enfoques lo que, por otra parte, no será infrecuente si se ha producido un cambio en la dirección letrada, siempre legítimo y, en este caso, además, derivado del acogimiento a los beneficios de la asistencia jurídica gratuita de que por su condición más vulnerable goza el recurrente.

El guión desplegado por la defensa es impecable para el enjuiciamiento en la instancia. En casación su capacidad es más limitada como se deduce de lo expuesto *supra*. Aunque conviniésemos con el recurrente que pudieran existir algunas fisuras en la linealidad del relato de la denunciante a lo largo del proceso; aunque haya puntos corroboradores esgrimidos por la Sala más discutibles o con una potencialidad convictiva inferior a la que le atribuye el Tribunal de instancia; aunque efectivamente constatásemos la posibilidad en concreto de un móvil espurio, tendríamos que respetar la sentencia de instancia pues -hay que insistir- no se trata de reglas de validez o utilizabilidad.

Las manifestaciones de la víctima han merecido crédito al Tribunal. Y en lo esencial no solo cuentan con elementos corroboradores, sino que la Audiencia primero y el Tribunal Superior de Justicia, después, han razonado racional y lógicamente el crédito que le han conferido.

Podríamos entretenernos haciéndonos eco del debate sobre los argumentos que militan a favor de dotar de fuerza convictiva a una u otra declaración. A eso invita el recurso y por esa senda, lógicamente, discurren los escritos de impugnación. Pero no es esa nuestra función. Era la Sala de instancia la llamada a hacerlo y a resolverlo, y la Sala de apelación a revisar con amplitud la labor de la Audiencia.

En esa tarea, aquí solo esbozada, de contraponer ambas declaraciones para comprobar si subsisten dudas o por el contrario el único testimonio se considera suficiente para alcanzar la condena es la Audiencia la que tiene la última palabra.

SÉPTIMO.- No obstante, apurando el análisis, en el último peldaño de la triple petición escalonada (no hubo relaciones sexuales; no fue el acusado quien las mantuvo; no se utilizó para ello violencia ni intimidación) estamos en condiciones de acoger el recurso. Ese punto -violencia física encaminada a lograr el propósito sexual- no ha sido expresado con la suficiente nitidez por la víctima en sus distintas declaraciones. Enfatizaba singularmente su incapacidad de reacción, o de oposición, por su deplorable estado. La sujeción por el cuello aparece como un detalle accesorio y, en algunas declaraciones, algo diluido o no siempre determinante, lo que incluso se refleja, en cierta forma, en el hecho probado, al situar primeramente el estado de la víctima y, solo como un añadido ulterior secundario, esa acción física material que luego no se repetirá pese a la simetría de las tres relaciones consecutivas. No es tampoco descartable que el relato de la víctima, no siendo mendaz, carezca de suficiente precisión en atención justamente a esa merma de sus condiciones físicas y mentales a raíz de la ingesta de alcohol y droga. El elemento corroborador de esa maniobra aducida por la víctima -marcas en el cuello- se ha venido abajo al quedar acreditada otra génesis de esas señales, en concreto, una acción que nada tiene que ver con la suposición inicial. Eso, por otra parte, muestra que no había otras marcas diferentes lo que concuerda mal con una sujeción inmovilizante realizada con fuerza y sostenida.

Estas razones nos conducen a estimar parcialmente el motivo por presunción de inocencia solo en cuanto se proyecta sobre el empleo de violencia en las relaciones sexuales no consentidas, por no contar con el sostén probatorio que reclama tal derecho fundamental con la consiguiente necesidad de reformatear la calificación jurídica, lo que haremos en la segunda sentencia.

OCTAVO.- La estimación parcial del recurso lleva a prescindir de la condena en costas (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por **Alvaro** contra Sentencia de fecha 10 de septiembre de 2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que desestimaba los recursos de apelación del condenado interpuesto contra la sentencia nº 145/2020 dictada por el Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Séptima) que condenaba a Alvaro como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual; por estimación parcial del motivo primero de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia.

2.- Declarar de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, interesándole acuse de recibo.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION (P) núm.: 10641/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 6 de julio de 2021.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, fallada posteriormente por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y que fue seguida por delitos de agresión sexual contra Alvaro y otros en la que recayó Sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la Sentencia de instancia excepto en el hecho probado la expresión "la inmovilizó" que se suprime.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la Sentencia de instancia con las modificaciones que se derivan de la variación den el hecho probado lo que da lugar a reconducir la calificación del hecho al abuso sexual de los arts. 181.1. 2 y 4 CP con la atenuante de embriaguez. Las penas han de ser reducidas en consecuencia resultando coherente imponer la misma penalidad que al coacusado no recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

CONDENAR al procesado **Alvaro** como autor de un delito de abuso sexual con acceso carnal vía vaginal, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de embriaguez, a las siguientes penas:

1. 4 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena en aplicación de lo dispuesto en el art. 56 del Código Penal;
2. Prohibición de aproximación a una distancia no inferior a 1.000 metros de la persona de Marcelina , de su domicilio, centro de trabajo o cualquier otro lugar donde se. encuentre, así como la prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio por tiempo superior en 5 años a la pena de prisión impuesta;



3. La medida de libertad vigilada por un período de 5 años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad;
4. La sustitución de la pena de prisión por su expulsión del territorio nacional una vez haya cumplido efectivamente las 2/3 partes de la pena de prisión impuesta, sustituyendo el resto de la pena de prisión, o en su caso cuando acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional, por la expulsión del territorio español con prohibición de entrada por plazo de 5 años.
5. En concepto de responsabilidad civil, indemnizará a Marcelina en la suma de 15.000 euros por los daños morales causados, más los intereses legales conforme el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;

En lo demás se ratifican los pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto sean compatibles con ella y en particular lo relativo a las costas, absolución por el delito de lesiones y pronunciamientos atinentes al coacusado.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDO