



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 647/2014, de 9 de octubre de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 446/2014

SUMARIO:

Agresión sexual. Presunción de inocencia. In dubio pro reo. Rueda de reconocimiento y fotográfico. Absuelve al acusado de agresión sexual al entender que el tribunal de instancia, en la valoración que le llevó al fallo condenatorio, omitió y silenció valorar la prueba de descargo constituida por las testificales de la defensa y el resultado de la prueba de reconocimiento en rueda, donde la joven identificó en una primera rueda al acusado y en una segunda, a otro hombre. La exhibición previa de fotos (en plural) y por tanto de los álbumes fotográficos de sospechosos que obran en las Comisarías, solo tiene el valor de un acto de investigación policial, como tal no es prueba procesal que solo la presencia judicial tiene la capacidad de generar actos de prueba, por lo que nada afecta a la validez de la rueda que se le hayan exhibido fotos de sospechosos. En el presente caso se le exhibió una sola fotografía lo que constituye una irregularidad en la medida que se induce indirectamente a un reconocimiento. Esta irregularidad no vicia el posterior reconocimiento en rueda, pero sí puede afectar a la credibilidad del reconocimiento positivo. Dada la trascendencia de las consecuencias de la imposición de la pena (pérdida de libertad), debe ser la pena explicada, es decir motivada y fundada en pruebas de cargo que permitan arribar al axiomático estándar de «*certeza más allá de toda duda razonable*». La absolución no supone ninguna desprotección ni para la víctima ni para la sociedad, sino la exigencia de observar y respetar las líneas infranqueables del proceso debido. La víctima no tiene un derecho a la obtención de una condena, sino a una respuesta motivada, razonable y no arbitraria.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 178 y 179.

Constitución Española, arts. 24, 117.3 y 120.3.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 369.

PONENTE:

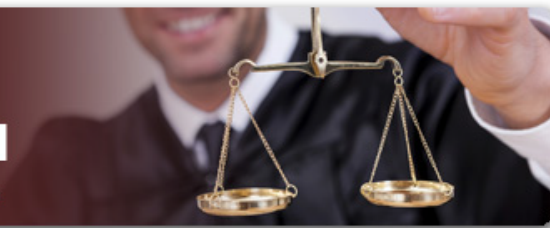
Don Joaquín Giménez García.

T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N.º: 647/2014

Fecha Sentencia : 09/10/2014



www.civil-mercantil.com

Ponente Excmo. Sr. D. : Joaquín Giménez García

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION Nº : 446/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Señalamiento: 02/10/2014

Procedencia: Audiencia Provincial de Badajoz, sede en Mérida Secretaría de Sala :
Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río Escrito por : MEM

-Sentencia de instancia condenando por delito de agresión sexual. Recurso del condenado

-Estimación del recurso del condenado

-Absolución

-Ambito y control casacional en relación a la violación del derecho a la presunción de inocencia

-Posición asimétrica y más protegida de todo inculcado/acusado en el proceso penal. Derechos que le corresponden en exclusiva: presunción de inocencia, principio in dubio pro reo, derecho al silencio, derecho a la última palabra, derecho a la segunda instancia

-Reconocimiento de los derechos de la víctima en el proceso penal pero que en modo alguno puede erosionar o banalizar los derechos de todo imputado o acusado

-El deber de fundamentación fáctica de los hechos estimados como ciertos por el Tribunal sentenciador supone:

-La concreción de las fuentes de prueba

-La especificación de los elementos incriminatorios que en aquellas fuentes existan

-La valoración crítica de toda la prueba, la de cargo aportada por la acusación y la de descargo aportada por la defensa

-El juicio de certeza más allá de toda duda razonable

-En una sociedad democrática del Poder Judicial, como todo Poder del Estado debe explicar y razonar sus decisiones, máxime cuando ocurre con las sentencias penales, estas afectan a elementos fundamentales del condenado como ocurre con la pena de prisión que supone un sacrificio de la libertad individual



www.civil-mercantil.com

-La sentencia de instancia efectuó una valoración parcial de la actividad probatoria, deteniéndose en la de cargo, constituida por la declaración de la pretendida víctima, pero valorando de forma genérica la testifical de descargo, y singularmente, omitiendo y silenciando el resultado de la diligencia de reconocimiento en rueda, que, efectuada el día 11 de Enero de 2008 -4 días después de los hechos- tuvo un resultado dudoso, pues en la primera rueda reconoció al recurrente, y en la segunda rueda practicada con las mismas personas pero cambiándolas de lugar reconoció "sin ningún género de dudas" a otra persona distinta del recurrente

-A ello hay que añadir que la identificación del supuesto agresor se efectuó el día 10 de Enero después de una "conversación" que duró varias horas con un Capitán de la Guardia Civil, y seguidamente se le exhibió una sola fotografía de la persona aludida por la menor

-Doctrina de la Sala sobre la exhibición de fotos de sospechosos en comisaría y la posterior diligencia de reconocimiento en rueda del art. 369 LECriminal

-Estos datos, junto a los silenciados en la sentencia y la generalizada valoración de la testifical de descargo ofrecida por el recurrente desde el mismo momento de la detención, junto con algunas contradicciones observables en la declaración de la menor, debilita enormemente el reconocimiento que ella efectuó en el Plenario

-Verificamos en este control casacional que el juicio de certeza alcanzado por el Tribunal sentenciador dados los graves defectos valorativos y omisiones y silencios citados, no permite estimar que se está ante una certeza más allá de toda duda razonable

-No existió prueba de cargo suficiente para sostener la condena

-No se dice que mintiese la menor, simplemente que dadas las fuentes de conocimiento de la menor, a la luz de todos los defectos y omisiones aludidos, su percepción no merece la credibilidad que le otorgó el Tribunal sentenciador

-La inmediación judicial es la técnica de formación de la prueba ante el Juez, que oye, ve y percibe lo que ocurre en el Plenario, pero esta inmediación no es método para el convencimiento del Juez. El convencimiento del Juez se exterioriza en la explicación de los porqués de la credibilidad concedida al testimonio concernido

Nº: 446/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Fallo: 02/10/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA N°: 647/2014

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García
D. Julián Sánchez Melgar
D. Luciano Varela Castro
D. Manuel Marchena Gómez
D. Perfecto Andrés Ibáñez

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 nueve de Octubre de dos mil catorce.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Fernando , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz con sede en Mérida, Sección III, por delito de agresión sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Alfaro Rodríguez, siendo parte recurrida Milagros , representada por la Procuradora Sra. Vinader Moraleda.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 1 de Castuera, instruyó Sumario nº 1/2009, seguido por delito de agresión sexual, contra Fernando , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Badajoz con sede en Mérida, Sección III, que con fecha 4 de Febrero de 2014 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Primero. El acusado es Fernando , mayor de edad en cuanto nacido el NUM000 de 1962, DNI NÚM. NUM001 , con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia.- Estuvo privado de libertad por esta causa desde el 10 de enero de 2008 hasta el 1 de agosto del mismo año.- Segundo. El 6 de enero de 2008, sobre las 4:00 horas, el acusado Fernando abordó a la entonces menor de edad Milagros (nacida el NUM002 - 1990) en la calle San Miguel de la localidad de Cabeza del Buey.- La agarró del brazo y la cintura, la arrastró de ese modo un tramo de la calle San Miguel, y consiguió bajarla hasta el suelo y apoyarla sobre la pared, bajarle pantalones y ropa interior hasta finalmente penetrarla vaginalmente, aunque



www.civil-mercantil.com

sin conseguir introducir la totalidad el pene en la vagina.- Tercero. Como consecuencia del hecho descrito anteriormente, Milagros sufrió el consiguiente trauma psicológico, que se manifestó, además de con expresiones de tristeza y malestar, en la disminución de su rendimiento académico". (sic)

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Condenamos al acusado Fernando , como autor penalmente responsable del delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del C. Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad, a la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- Asimismo, condenamos a Fernando a la pena de prohibición de aproximarse a Milagros a menos de trescientos metros, así como a su domicilio o lugar de trabajo, y de comunicarse con ella por cualquier medio, informático, telemático, contacto escrito o visual, todo ello por tiempo de diez años.- El condenado deberá indemnizar a Milagros con la cantidad de SEIS MIL EUROS (6.000 €), que devengará los interesees correspondientes.- Asimismo el condenado abonará las costas de este procedimiento, incluidas las de la acusación particular.- Al condenado deberá abonársele el tiempo que permaneció privado de libertad por esta causa". (sic)

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Fernando , 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.

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 852 LECriminal .

SEGUNDO: Al amparo del art. 852 LECriminal .

TERCERO: Por Quebrantamiento de Forma al amparo del art. 851 nº 3 LECriminal .

Quinto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 2 de Octubre de 2014.



www.civil-mercantil.com

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de 4 de Febrero de 2014 de la Sección III de la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Mérida, condenó a Fernando como autor de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 del Cpenal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de siete años de prisión con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que sobre las 4'00 horas del día 6 de Enero de 2008 Fernando abordó a la entonces menor Milagros, nacida el NUM002 de 1990 en la calle y localidad citadas en el factum, y agarrándole del brazo la arrastró hasta un tramo de la calle indicada, bajándola hasta el suelo y tras bajarle los pantalones y ropa interior consiguió penetrarla parcialmente por vía vaginal.

Como consecuencia del hecho descrito, la menor sufrió un trauma psicológico que se exteriorizó en expresiones de tristeza, malestar y disminución de su rendimiento académico.

El condenado, Fernando, ha formalizado recurso de casación que lo desarrolla a través de tres motivos a cuyo estudio pasamos seguidamente.

Segundo.

- El motivo primero, con la cita de la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal, al que añade la infracción de precepto constitucional con cita del art. 24-1º y 2º de la Constitución, denuncia con claridad la vulneración del principio de presunción de inocencia, estimando en la larga y minuciosa argumentación del motivo que abarca las páginas 2 a 22 de su escrito, que no existió prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de tal derecho.

Recordaremos, una vez más, el ámbito del control casacional en relación a tal denuncia. Como es doctrina reiterada tal denuncia, exige de esta Sala la verificación de tres aspectos.

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, inmediación 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.



www.civil-mercantil.com

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 ó 181/2014 de 13 de Marzo, 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 inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar.

Para concluir, y en palabras del Tribunal Constitucional --últimamente en la STC 68/2010 --: "...no le corresponde revisar (al T.C.) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117-3º de la C.E., sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta...".

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTC de 10 de Junio de 2002, 3 de Julio de 2002, 1 de Diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de Junio, entre otras --, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

Por la importancia que va a tener en la resolución del recurso debemos recordar, igualmente, dos cuestiones de especial relevancia en todo procesopenal.

La primera está constituida por la especial situación que todo acusado tiene en el proceso penal y en relación con ello, la posición que ocupa en el mismo proceso la víctima.

La segunda se refiere al valor que la contradicción tiene en todo proceso, que está constituido esencialmente por la dialéctica de un decir y un contradecir, que tiene su manifestación más clara en la existencia de prueba de cargo --o de la acusación-- y prueba de descargo --o de la defensa--, con la consecuencia del deber de examinar y valorar una y otra razonando el porqué se alza prima una frente a la otra.

En relación a la primera cuestión, hay que decir con claridad que todo acusado, sea cual fuera el delito del que se le acusa, tiene una situación asimétrica y superior a la del resto de las partes en el proceso.

Ya el Tribunal Constitucional, en su sentencia 141/2006 de 8 de Mayo declaraba que:



www.civil-mercantil.com

"...El imputado y acusado gozan de unas garantías constitucionales, procesales y sustantivas diferentes y mayores que los otros participantes del proceso..... desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego, dentro del proceso penal, existe entre las partes acusadoras y acusadas una notable diferencia....".

Y añade:

"...Ni son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal (los acusadores y los acusados) ni el mismo (proceso) es prioritariamente un mecanismo de solución de conflictos entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado....".

En análogo sentido las SSTs 575/2008 de 7 de Octubre y 116/2011 de 1 de Febrero .

Y es que el proceso penal, es ante todo un medio para justificar la pena impuesta al autor del delito concernido y por ello y dada la trascendencia de las consecuencias de la imposición de la pena que puede afectar --como en el presente caso-- al bien jurídico de la libertad individual, debe ser pena explicada , es decir motivada y fundada en pruebas de cargo que permitan arribar al axiomático estándar de "certeza más allá de toda duda razonable".

Esta posición diferenciada y más protegida del imputado/acusado, se manifiesta en un abanico de derechos que solo le corresponden a él .

a) El derecho a la presunción de inocencia que supone que no es él quien debe probar su inocencia, sino la acusación quien debe probar su participación en el delito.

b) El principio " In dubio pro reo " que en su dimensión normativa impone al Juez que en caso de que la norma tenga varios sentidos o alcances, adoptar el más beneficioso para el reo, y en su dimensión procesal que si el Tribunal sentenciador no alcanza la certeza judicial de la participación en el hecho del que se le acusa, debe absolver.

c) El derecho a no declarar, o ius tacendi .

d) El derecho a la última palabra, la Ley quiere que el Tribunal, lo último que oiga sea la voz del acusado al concluir la vista oral.

e) El derecho a la doble instancia , recogida en los Tratados Internacionales, como por ejemplo en el art. 14-5º del Pacto Internacional de 19 de Diciembre de 1966 "...toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior....". Derecho que no tiene la acusación respecto de la sentencia absolutoria, con independencia de que en nuestro sistema, también la acusación tiene derecho al recurso contra la sentencia absolutoria aunque la posibilidad de condenar en apelación, de quien ha sido absuelto en la instancia esté sometida a requisitos muy precisos desde la conocida STC 167/2002 siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En relación a la víctima del delito, afortunadamente se ha superado la época en la que su papel en el proceso penal era un mero concepto: el sujeto pasivo. Ahora se le reconoce el protagonismo que le corresponde como principal perjudicada de la acción delictiva y en tal sentido, como manifestación de ese protagonismo, la legislación vigente contiene concretos mandatos en su favor en forma de ayudas de diversa naturaleza que no es el caso a enumerar, por conocidas, singularmente en relación a las víctimas de delitos sexuales y de violencia familiar , pero este reconocimiento no puede hacerse a costa de erosionar o banalizar las



www.civil-mercantil.com

líneas maestras del cuadro de garantías que corresponden a todo acusado, y en tal sentido, basta señalar que :

a) La víctima no tiene un derecho a la obtención de una condena , sino a una respuesta motivada, razonable y no arbitraria que de respuesta a las cuestiones objeto del debate procesal, sea tal respuesta acorde o discorde con lo interesado por ella. STC 82/2001 , entre otras muchas.

b) Por ello no existe una especie de presunción de inocencia invertida en clave de condena al agresor -- SSTS 141/2006 ó 532/2011 , entre otras-.

c) Por ello no cabe elucubrar sobre un pretendido principio "In dubio pro víctima" , que eliminaría una de las garantías vertebrales de todo imputado: el "In dubio pro reo" que patentiza la especial necesidad de proteger a toda persona contra la que se dirige la reacción estatal sancionadora, por ello cuando se habla de "justicia victimal" debe tenerse en cuenta que este término no puede suponer la quiebra del sistema de garantías y derechos del inculcado/acusado.

Ello, es necesario decirlo, no supone ninguna desprotección ni para la víctima ni para la sociedad, más limitadamente supone la exigencia de observar y respetar las líneas infranqueables del proceso debido . Una observación adicional tanto se hace justicia condenando como absolviendo , una sentencia absolutoria no puede ser interpretada como un fracaso del sistema de justicia penal.

En relación a la segunda cuestión , como ya se ha dicho, todo proceso es un decir y un contradecir, y solo en la dialéctica de prueba de cargo y prueba de descargo, se puede obtener la "verdad judicial" de lo ocurrido que suele tener un carácter fragmentario respecto de la realidad de todo lo ocurrido. El principio de contradicción tiene una directa relación con el derecho a un proceso equitativo. El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes --aquí, si, con igualdad entre acusadores y acusados-- intervenir activamente en las prácticas de las pruebas propuestas, tanto de cargo como las de descargo. SSTS 467/2006 ; 629/2007 ; 652/2010 ; 915/2010 ; 165/2013 , y 11/2014 , entre otras, e igualmente STC 134/2010 .

Este principio de contradicción tiene como presupuesto previo la existencia de prueba de cargo y prueba de descargo , con las que las partes sostienen sus posiciones, con la consecuencia de que esta actividad probatoria debe ser analizada en su totalidad por el Tribunal sin silencios ni omisiones que puedan ser relevantes para el resultado final .

Por ello, la exigencia de motivar la decisión judicial que impone el art. 120-3º de la Constitución al Tribunal, debe abarcar a toda la prueba de forma que en términos comprensibles se explique el porqué el Tribunal otorga credibilidad a una tesis (absolutoria o condenatoria) sobre la contraria, de donde se deriva que el deber de motivar está incompleto cuando se silencian en la sentencia elementos probatorios aportados por una de las partes.

Precisamente el fallo de la sentencia debe ser la consecuencia lógica y razonada del proceso valorativo efectuado por el Tribunal sentenciador de toda la prueba, y no su apriori al que se subordina el acarreo del armazón probatorio que sustente aquella solución, inicialmente decidida, silenciando los elementos probatorios que lo cuestionan.

Tal posicionamiento del Tribunal, supondría una falta de rigor intelectual , y por tanto, un incumplimiento del deber de motivación que quedaría claramente incompleto por parcial . Con ello no se está diciendo que el Tribunal deba analizar todos y cada uno de los elementos



www.civil-mercantil.com

probatorios incluso los más nimios que no aportan calidad informativa relevante para la solución del caso, lo que decimos es que debe valorar y razonar los elementos básicos que pueden tener relevancia en la solución del caso.

De manera que tanto para las partes del proceso, como para el Tribunal que conozca de la causa, vía recurso, y para la propia Sociedad, sean evidentes por conocidas las razones del Tribunal sentenciador para llegar al fallo. Así se robustece la credibilidad de la ciudadanía en el poder judicial con independencia del derecho a la crítica porque no debe olvidarse que las certezas judiciales no son absolutas pero sí deben ser explicadas y razonadas.

Esta Sala en reiteradas ocasiones ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en un doble aspecto :

a) Que el deber de motivar y valorar exige que se extienda sobre la prueba de cargo y la de descargo, sin olvidar que en caso de sentencia condenatoria se exige una motivación más reforzada por los efectos que esta tiene, frente a la absolutoria -- STS 902/2012 de 21 de Noviembre --.

b) Que no basta con la mera cita de la fuente de prueba que se valora, sino que es imprescindible concretar los elementos incriminatorios que aparezcan en dicha fuente que justifican y sostienen el relato incriminatorio aceptado por el Tribunal sentenciador.

En relación al deber de motivar toda la prueba practicada sin omisiones o silencios relevantes se pueden citar, entre otras, las siguientes sentencias:

1- STS 2007/2001 de 19 Noviembre en la que se absolvió por la Sala al que venía condenado por un delito de blanqueo, habiendo omitido el Tribunal sentenciador toda la prueba parcial de descargo aportada por el acusado.

2- STS 1579/2003 de 21 de Noviembre en la que se censura la cómoda y evasiva valoración conjunta de la prueba.

3- STS 104/2010 de 3 de Febrero en la que se absolvió al que venía condenado como autor de un delito continuado de apropiación "...el Tribunal de instancia simplemente concede credibilidad al testimonio de los querellantes sin haber especificado las razones que le llevaban a esa conclusión y, singularmente porque rechaza la versión del recurrente sin siquiera entrar a valorar otras pruebas que también se practicaron en el Plenario....".

En dicha sentencia, y con cita de otra de la Sala --306/2001 de 2 de Marzo -- se hace referencia a "...la exigencia de que el Tribunal justificase en concreto las razones por las que concedía credibilidad a la declaración de la víctima, no bastando la sola referencia de que debía ser creída por no existir nada en contra de esa credibilidad....".

En el mismo sentido de exigir el análisis de todo el inventario probatorio, se pueden citar las SSTs 273/2010 ó 1015/2012 de 20 de Diciembre.

En relación al deber de concretar, no solo las fuentes de prueba, sino también los elementos incriminatorios que en ellas aparecen, se pueden citar, entre otras, las SSTs 273/2003 ; 779/2010 ; 915/2010 ; 643/2011 ; 1224/2011 ; 988/2012 ó 11/2014, y así, por ejemplo, no es suficiente referirse a tal o cual declaración, o una evasiva referencia a las conversaciones telefónicas. Es preciso concretar y explicar, porque motivar es dar razón y explicación de la decisión adoptada en términos comprensibles.



www.civil-mercantil.com

Tercero.

Estas reflexiones que preceden son necesarias por constituir el punto de partida desde el que debemos dar respuesta al motivo casacional del recurrente que alega que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. Lo primero que llama la atención es la afirmación apodíctica con la que se inicia el primer fundamento jurídico de la sentencia:

"....Los hechos contenidos en el apartado segundo del relato de hechos probados (los relativos a la agresión sexual) los estima la Sala acreditados atendiendo a las declaraciones de la víctima, puestas en relación con las de los testigos que comparecieron al acto de la Vista e informes médico forenses ratificados en dicho acto....".

Tales afirmaciones constituyen un posicionamiento de principio al que luego se va a acompañar los elementos probatorios que la sostienen, cuando lo correcto sería valorar las pruebas --todas-- para luego ponderar su credibilidad y así arribar al pronunciamiento condenatorio, porque como se ha dicho el fallo condenatorio debe ser la consecuencia del proceso valorativo de las pruebas y no su a priori.

A continuación analiza la declaración de la víctima en el Plenario desde la perspectiva de la ausencia de incredibilidad subjetiva y de su verosimilitud, y reconociendo la sentencia que en un principio hubo algunas contradicciones en relación a la identidad del agresor porque ella no lo quería identificar por lo que dijo que no lo conocía.

El Tribunal sentenciador dice que, Milagros explicó convincentemente que denunció la violación "aunque no quería decir quien había sido" coincidiendo en este aspecto con lo declarado por el padre de la menor de que su hija no quería decir quien había sido, efectuándose finalmente la identificación de Fernando "....ante el Capitán de la Guardia Civil de Talarrubias.... que habló con ella pero no recogió su declaración por escrito, fueron miembros del grupo especializado en violencia a menores de la Comandancia de la Guardia Civil de Badajoz, quienes recogieron posteriormente las manifestaciones....".

Al respecto destacar lo anómalo e irregular de tal proceder : primero una "conversación" del Capitán con la menor y seguidamente , la toma de declaración de ella, precisamente por los miembros de la Guardia Civil especializados en violencia a menores.

El Tribunal sentenciador rechaza cualquier insinuación por parte del Capitán de la Guardia Civil que tendiera a dirigir la declaración de la menor frente a persona concreta, se dice en la sentencia que "....la identificación de Fernando se produce sin ningún tipo de indicación previa....".

Se insiste en la sentencia en el reconocimiento que en el juicio oral hizo Milagros de Fernando como de la persona que la agredió sexualmente, y finalmente, de una manera tan genérica como evanescente se analiza la prueba testifical de descargo relativa a que el recurrente la noche de autos estuvo tomando unas copas en diversos establecimientos de ocio de la localidad acompañado de diversas personas, rechazando toda credibilidad de dichos testimonios valorados genéricamente con la afirmación de que este hecho "....no excluyen en modo alguno que el acusado encontrara --o buscara-- a Milagros en las proximidades de su casa pues, como bien pone de manifiesto el informe que sobre la situación y distancias existentes entre los locales en los que estuvo el acusado, y la calle donde se produjo el hecho, es escasa...." y se concluye con que Fernando tuvo tiempo de abordar violentamente a Milagros , con olvido de que la cuestión no es si tuvo tiempo, sino si realmente fue él, el autor.

Como ya se ha dicho, la sensación que produce la argumentación de la sentencia es la de un inicial convencimiento de la autoría del recurrente y un acopio de elementos probatorios



capaces de dar sustento a ese inicial convencimiento soslayando los descargos efectuados por el recurrente.

Una lectura de la instrucción acredita además, unas omisiones y silencios muy relevantes de datos objetivos que debilitan de forma extraordinaria la certeza del juicio inculpativo alcanzado por el Tribunal.

En efecto, y de forma sintética, verificamos en este control casacional que en la instrucción de la causa encontramos los siguientes datos que se relacionan cronológicamente :

1- Las actuaciones se inician con el parte del médico forense dirigido al Juzgado sobre la existencia de una víctima de posible agresión sexual al haber recibido un aviso para reconocimiento de lo interesado. Dicho parte se comunica por escrito a las 23'45 horas del 6 de Enero de 2008 .

2- A las 22'15 horas del día 6 de Enero comparece la víctima -- Milagros -- junto con su padre en la Comisaría de la Dirección General de Policía de Don Benito y manifiesta --en síntesis-- que después de que la dejaran unos amigos con los que estaba, cerca de su casa, se le acercó un hombre de unos 50 años, 1'70 m. de estatura, pelo canoso y sin mediar palabra la agarró..... y que estaba apagada la única farola que allí hay. Que ella se opuso, que le bajó los pantalones y la echó al suelo sobre la cazadora que él llevaba y previamente se había quitado, que llegó a penetrarla, que la duración sería de un minuto, que ella se resistía y él abandonó y que ella se fue a su casa, se lavó los genitales y se acostó, estando sus padres durmiendo.

Que por la tarde del día 6 llamó a su amiga Otilia (que era con la que había estado esa noche antes de los hechos) y le dijo lo que le había pasado.

Añade que cuando tenía cinco años una noche de verano, esa misma persona la abordó y la llevó a un descampado donde llegó a consumir una violación, que esto no lo ha contado nunca, que desconoce a esa persona y que no es de Cabeza de Buey.

3- El parte médico se emite a las 10'30 horas del día 7 de Enero en el Servicio de Ginecología del Hospital de Don Benito, y se señala como hora de la agresión las 2'30 horas del día 6 de Enero. La menor le dijo al doctor que en el trayecto hacia su casa apareció un hombre que no conoce, de unos 50 años y que sin mediar palabra la cogió por los brazos y se la llevó.....

4- Al folio 52 de la causa consta la diligencia de llamada telefónica efectuada a las 12'30 horas del día 7 de Enero desde el cuartel de Cabeza de Buey a la Guardia Civil de Talarrubias, dando cuenta de los hechos, y, asimismo que se interesa por el Capitán de la Guardia Civil Jefe de la Cuarta Compañía que se invite a la menor y a su padre a ir al acuartelamiento de Talarrubias "....para comentar lo sucedido con el padre de la chica y dar cuenta de las diligencias practicadas....", aceptando padre e hija a dicha invitación.

5- A las 13 horas del día 7 de Enero , tras recibirle declaración al padre de la menor en el destacamento de Cabeza de Buey, padre e hija se trasladaron a Talarrubias para mantener la conversación con el Capitán de la Guardia Civil.

6- A los folios 76 y 77 consta declaración de Milagros ante la unidad orgánica de la Policía Judicial, Guardia Civil en Badajoz efectuada a las 12 horas del día 10 de Enero . De ella se destaca que:

a) Señala hora de ocurrencia sobre las 04'00 horas del día 6 de Enero. b) Los hechos los reitera sin alteraciones relevantes.

c) En relación al autor manifiesta que se trata de "el de los caballos" y se llama Fernando , que lo reconocería sin ningún género de duda, que tiene unos cuarenta y tantos



años, alto, con mucho pelo y que le dijo que "si no quería tener problemas que no tenía que decirle nada a nadie".

d) En relación al incidente cuando ella tenía cinco años y preguntada si era también esa persona contesta que "...cuando veía a esta persona siempre lo ha recordado como que era él que lo había hecho, y que en su anterior manifestación no quiso decir quien era el agresor por vergüenza y por miedo....".

7- Obra al folio 78 de las actuaciones que a las 12'30 horas del día 10 de Enero, es decir, poco después de prestar declaración en las dependencias de la Guardia Civil de Badajoz y en vista de los datos facilitados por Milagros se le mostró una sola fotografía correspondiente a Fernando, que es identificado por Milagros como el autor de la agresión.

8- El mismo día 10 de Enero fue detenido el recurrente --folio 88-- quien manifestó a los agentes, y así consta y fue reconocido por el propio Fernando en su declaración en sede judicial:

"...Decirle a la niñata esa, que cuando salga voy a ir a verla para que me conozca personalmente....".

9- A los folios 141 y siguientes se encuentran las diligencias de reconocimiento en rueda practicadas en sede judicial el día 11 de Enero de 2008, es decir, después de la declaración de Milagros en sede policial referida en el apartado anterior, y antes de la declaración en sede judicial a la que se hará referencia seguidamente.

Se trata de una prueba muy significativa y de la que inexplicablemente no se dice en la sentencia, para ella es inexistente dado el silencio que existe al respecto.

La rueda de reconocimiento se dobló, es decir, los integrantes de la rueda (cinco personas "de relleno" y el sospechoso) consta de todos ellos su identificación y sus datos antropométricos (altura, peso, color del pelo) comparecieron en dos secuencias sucesivas, solo que cambiando de lugar decada una de las personas. Consta la protesta del letrado del recurrente motivada porque el día anterior se le había mostrado una sola fotografía a Milagros y ésta había reconocido a Fernando, por lo que ya no procedía efectuar rueda alguna.

La protesta fue rechazada, y tal rechazo fue correcto.

La doctrina de la Sala es que la exhibición previa de fotos (en plural) y por tanto de los álbumes fotográficos de sospechosos que obran en las Comisaría, solo tiene el valor de un acto de investigación policial, como tal no es prueba procesal que solo la presencia judicial tiene la capacidad de generar actos de prueba. En tal sentido, SSTS 1991/2001; 29/2007; 503/2008; 478/2009; 1386/2009 ó 920/2011 de 29 de Julio, entre otras, por lo que nada afecta a la validez de la rueda que se le hayan exhibido fotos de sospechosos.

De la STS 1386/2009, retenemos la doctrina de la Sala. En síntesis, la doctrina se puede sintetizar en:

a) Los reconocimientos fotográficos por sí solo no constituyen prueba apta para declarar la presunción de inocencia.

b) Tales reconocimientos fotográficos son meras actuaciones policiales que constituyen una vía de investigación policial auxiliar cuando se desconoce la identificación del sospechoso.

c) El reconocimiento fotográfico no priva de validez el posterior reconocimiento en rueda en sede judicial de acuerdo con el protocolo del art. 369 de la LECriminal, en todo caso tales reconocimientos fotográficos sin cuestionar la validez de la rueda podrán, en su caso, tener incidencia en la credibilidad del testimonio de la persona que reconozca.



Al respecto hay que destacar la total neutralidad con la que deben ser efectuados los reconocimientos en rueda, pues toda "facilitación" de la identificación puede tener, en teoría, la capacidad de introducir una identificación equivocada, capaz de provocar un error judicial.

En el presente caso se le exhibió una sola fotografía lo que constituye una irregularidad en la medida que se induce indirectamente a un reconocimiento, esta irregularidad hay que declararla pero se mantiene la naturaleza de acto de investigación policial, ciertamente esta irregularidad novicia el posterior reconocimiento en rueda, pero sí puede afectar a la credibilidad del reconocimiento positivo que se haga, singularmente cuando como en el presente caso, la identificación en foto única y la rueda de reconocimiento se produce en días consecutivos. La primera el 10 y la segunda el 11.

Pues bien, el resultado de este reconocimiento en rueda "doblado" fue el siguiente.

En la primera rueda, el recurrente identificado con el nº 6 ocupó el puesto nº 6 y fue reconocido por Milagros sin ningún género de duda.

A continuación, tras salir la testigo de la Sala de reconocimientos se cambia el orden de los intervinientes --folio 145--, en esta ocasión, el recurrente (el nº 6 de la relación de intervinientes) ocupaba el puesto tercerode izquierda a derecha, y el identificado por Milagros fue el situado en el nº 2, es decir Amadeo --véase folio 146--, según la relación obrante al folio 141.

Reiteramos, resulta llamativo y sin explicación plausible el silencio de la sentencia de la existencia de tal diligencia de reconocimiento, y por supuesto del resultado.

También consta en la diligencia que se recoge una fotografía de la rueda "que se unirá a las actuaciones". Lo cierto es que la misma no ha sido hallada en el examen de la causa.

10- Al folio 67 y siguientes consta la declaración en sede judicial de Milagros del día 15 de Enero de 2008, se trata de una declaración extensa efectuada a presencia del Ministerio Fiscal y de un letrado que luego asistió al propio recurrente como letrado de él en su declaración en sede judicial del día 18 de Enero.

De dicha declaración de Milagros retenemos las siguientes informaciones:

a) Que esa persona se acercó a ella la noche del día 5 al 6 de Diciembre del 2007, pero que ella entró antes en su casa, que ya de antes lo conocía de verlo.

b) Que en relación al lugar donde ocurrieron los hechos no había luz suficiente en la calle, pero sí suficiente para reconocerlo, que era él, que lo conocía del pueblo, que en Don Benito no dio el nombre porque no quería que le pasase algo.

c) Que en Talarrubias (donde tuvo lugar la "conversación" con el Capitán) al principio dijo que no lo conocía y después dijo que sí porque me dijeron que no tenía que denunciarlo, allí no se escribió nada, fue una conversación.

d) Que lo identificó como "el de los caballos", porque tiene caballos.

e) Que en Badajoz le decían al contrario que en Talarrubias, que sí tenía que denunciarlo, y ella no quería decir quien era, y en Badajoz lo dijo. Que cuando lo dijo en Talarrubias no le habrían enseñado fotografías que no estaba inducida por nadie.

11- Siguiendo con el examen de la instrucción, el día 18 de Enero --folios 200 y siguientes--, tuvo lugar la declaración en sede judicial del recurrente quien desde el primer momento alegó haber estado con varios amigos en varios bares de la localidad al tiempo en que ocurrieron los hechos.

Hay que recordar que el factum sitúa los hechos sobre las 4'00 horas del día 6 de Enero, la amiga de Milagros, Teresa manifestó que esa noche la dejaron en la esquina de su



www.civil-mercantil.com

travesía entre cuatro menos cuarto y cuatro, por su parte los testigos de la defensa Jacinto y Saturnino , policía municipal, --en sus declaraciones en sede judicial el mismo día 18--, manifestaron el primero que sobre las 3'30 horas vieron a Fernando aparcando el coche, que estuvieron hablando con él cuatro o cinco minutos y que las cuatro fueron al Fontana y Fernando no estaba allí, llegó sobre las 4'20 horas, por su parte el segundo estuvo con Fernando en el Pub Mabel, que llegó sobre las 3'30 horas y que diez minutos después se fue y Fernando se quedó. De forma semejante el resto de testigos de la defensa --folios 247 a 249--.

Con las fluctuaciones temporales usuales porque nadie va controlando puntualmente los horarios de sus movimientos , estos testigos vienen a coincidir con lo manifestado por Fernando . Que estuvo con unos amigos, uno de ellos policía municipal y que les invitó a una copa pero no quisieron, que sobre las 3'30 horas se fue en coche al Mabel, que no recuerda quien se fue primero, y que llegó a la Fontana sobre las 4 ó 4'10 horas. Asimismo negó no solo los hechos sino conocer a la menor.

En el Plenario no se efectuaron cambios relevantes de cuanto se lleva dicho.

12- Resta por referirnos a la declaración en sede judicial del Capitán de la Guardia Civil del Cuartel de Talarrubias , dicha declaración tuvo lugar el 17 de Abril de 2002 --folio 439--, y de ella retenemos:

a) Que la entrevista la tuvo solo con la menor, si bien el padre estaba escuchando en un despacho contiguo con la puerta abierta, que lo hizo así porque de otro modo la menor "no hablaría con el (padre) presente".

b) Que inicialmente hablaba de un señor gordo de 50 años de Madrid, lo repite.

c) Que la entrevista duró varias horas.

d) Que desde que tenía cinco años ha sufrido agresiones sexuales por parte de esa persona y en Diciembre sufrió otra por parte de esa persona.

e) Que la versión del señor gordo la mantuvo durante dos horas.

f) Que dio una descripción física de Fernando "...nos dice que es un señor alto, delgado al que conoce perfectamente y relata que ya había habido varias agresiones...." "...manifiesta que en la agresión de diciembre vino a recogerle un coche, y le dijo Fernando ya está....".

g) Que describió el episodio como muy violento.

h) Que los hechos ocurrieron entre las dos y las tres de la madrugada -- según el factum , sobre las 4 horas--, al respecto conviene recordar que Milagros en su declaración en sede judicial dijo que los hechos fueron sobre las cuatro, y si antes dijo que sobre las dos fue porque a sus padres les había dicho que había vuelto a las 2 --folio 69--.

i) Que no se le enseñó ninguna fotografía porque no quería inducir a reconocer a nadie.

Cuarto.

Llegados a este punto y como resumen del estudio efectuado de las actuaciones, fluye con naturalidad que se está lejos de la contundencia probatoria de cargo con la que el Tribunal de instancia trató de justificar su decisión.

Es claro que la declaración de la víctima, singularmente en los delitos cometidos en la soledad buscada del agresor, puede tener la contundencia suficiente para constituir la prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

No es este el caso . En opinión de la Sala, no se alcanza el axiomático juicio de certeza "más allá de toda duda razonable" , exigible para todo pronunciamiento condenatorio



según reiterada jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y ello no se consigue ni desde el canon de la lógica ni desde el canon de la suficiencia probatoria que impida conclusiones excesivas, abiertas y débiles, y por tanto incapaces de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

Toda la actividad probatoria practicada, ahora analizada por esta Sala de Casación, ha puesto en evidencia que:

1º) Hay datos en la declaración de la menor que ofrecen un margen de duda a la verosimilitud del testimonio, como ocurre con la afirmación de haber sido agredida varias veces por el mismo recurrente en ocasiones anteriores, incluso cuando tenía cinco años, y algún intento llevado a cabo en la noche del 6 de Diciembre del año anterior.

2º) Resulta censurable la larga "conversación" mantenida por el Capitán de la Guardia Civil con la menor, lo censurable no es que la conversación fuera de varias horas, sino el hecho mismo de mantenerla.

3º) Resulta significativo que el 10 de Enero, 3 días después de la "conversación" se le reciba declaración a la menor Milagros a las 12 horas, y seguidamente a las 12'30 horas se le exhibe una sola fotografía del recurrente y le reconozca, para al día siguiente, en una secuencia sin fracturas se efectuara el reconocimiento en rueda doblado y cuyo resultado introduce unaduda más que razonable sobre la calidad de tal reconocimiento que siendo válido procesalmente, ofrece severos reparos a la credibilidad del reconocimiento, máxime cuando tal identificación no se produce tras alterar el orden de colocación de los intervinientes en la rueda.

4º) A ello hay que añadir la existencia de una prueba de descargo de la suficiente solidez como para cuestionar la autoría del recurrente al resultar acreditada la presencia de Fernando en los momentos anteriores y posteriores a los hechos --sobre las 4 de la madrugada--, que se encontraba con varios amigos en los pubs ya indicados. Es cierto que como posibilidad pudo agredir a la menor, porque los trayectos son cortos, pero habrá de convenirse que no parece probable que aprovechara unos momentos para perpetrar los hechos estando con amigos antes y después. En todo caso la posibilidad o incluso probabilidad de que hubiera tenido tiempo, no equivale a la certeza de que fuera autor. De una posibilidad no se puede extraer una certeza.

La sentencia pone el énfasis en el reconocimiento efectuado en el Plenario por parte de Milagros, y así se dice en el f.jdco. segundo, penúltimo párrafo "...insistimos que la denunciante reconoció en el Plenario que fue el acusado quien la agredió....".

Ciertamente es claro que la prueba que de forma prioritaria debe ser valorada por el Tribunal es la practicada en el Plenario, pero cuando se trata de declaraciones, no puede obviarse las manifestaciones de la víctima efectuadas durante la instrucción así como la "conversación" con el Capitán, ello unido al no reconocimiento del recurrente en la segunda rueda ofrece dudas acerca de la bondad de la identificación efectuada en el Plenario, donde llegó ya con status de acusado. Esta situación hubiera exigido una argumentación más cumplida y completa por parte del Tribunal sentenciador que solo se limitó a exteriorizar su íntima convicción en la credibilidad absoluta del testimonio de la menor en el Plenario, y por tanto sin concretar los porqués de la misma, lo que era claramente necesario a la vista de los datos expuestos que cuestionaban severamente tal convicción.

Con lo expuesto, no se está diciendo que la menor haya mentado, sino más limitadamente que hay fundadas razones para estimar que con independencia de la veracidad que ella otorga a su manifestación, la capacidad de transmitir certeza y tener por creíble lo manifestado es claramente defectuosa.



www.civil-mercantil.com

En relación a la valoración por el Tribunal de las pruebas personales hay que recordar la doctrina de la Sala que tiene declarado que hay dos niveles de valoración .

Un primer nivel que está directamente relacionado con la percepción sensorial, de lo escuchado y observado a la persona concernida en el Plenario y por tanto relativo a la inmediación que solo la tuvo el Tribunal ante el que se practicó la prueba, y así tanto en apelación como en casación, al no tener inmediatez tales Tribunales no es posible incidir en este primer nivel.

Hay un segundo nivel que está relacionado con la argumentación del Tribunal que frente a las declaraciones de cargo y de descargo --todo juicio es un decir y un contradecir-- opta por una u otra versión y ello debe ir sustentado por una sólida argumentación que sea racional, que ya no está relacionada con la inmediación y que requiere un discurso argumentativo que sí puede ser controlado en apelación o casación porque toda decisión debe ir apoyada en el correspondiente discurso argumentativo, que puede ser conocido por cualquier lector de la sentencia en la que se exterioricen las razones del Tribunal para justificar la credibilidad concedida. Esta estructura del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación debiéndose rechazar aquellas argumentaciones que resulten débiles, en clave posibilista, ilógicas, irracionales, absurdas o arbitrarias -- SSTS 1104/2010 ; 541/2012 ó 655/2012 , entre las últimas-- . En caso contrario, la inmediación sería la coartada para no motivar las razones de la credibilidad otorgada al testigo. SSTS 408/2004 ; 489/2004 ; 412/2007 ; 732/2006 , 688/2013 ó 719/2013 , entre otras.

La inmediación es la técnica de formación de la prueba que se escenifica ante el Juez, que oye y percibe lo que ocurre, pero ello nada tiene que ver para que sea considerada como método para el convencimiento del Juez .

El método para el conocimiento del Juez es la motivación de su decisión , es decir, la explicación de los porqués de la credibilidad que se da a esta o aquella manifestación, aunque sea la de la víctima, como es el caso.

Por ello, la prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación judicial propia del Plenario, donde el Tribunal oyó a la víctima --como es el caso-- puede y debe ser analizada y valorada en el ámbito del control casacional cuando se denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia, cuando las explicaciones o los razonamientos expresados por el Tribunal sentenciador respecto de la credibilidad del testimonio concernido están fuera de los parámetros objetivamente aceptables . Dicho más claro, cuando con independencia de que la testigo transmita una sensación de veracidad --ella cree decir la verdad-- la narración, objetivamente no merezca tal credibilidad a la vista de otras probanzas, no valoradas, o valoradas genéricamente. SSTS 732/2006 ; 2371/2009 ; 587/2010 ; 1041/2011 ; 672/2012 ó 658/2013 , entre otras.

En conclusión , el Tribunal de instancia en su valoración que le llevó al fallo condenatorio omitió y silenció valorar la prueba de descargo constituida por las testificales de la defensa y el resultado de la prueba de reconocimiento en rueda, y además concedió una credibilidad al testimonio de la menor que objetivamente queda muy debilitado por la omisión citada, y, además, por la existencia de datos objetivos que pudieran haber coadyuvado a una reelaboración o sugestión de lo ocurrido en la mente de la menor, como nos dicen los estudios sobre la psicología del testimonio, y al respecto, hay que recordar que a la menor no fue posible efectuarle una pericial sobre la valoración de la credibilidad de su testimonio por las razones expresadas en el informe obrante al folio 474 del Tomo II de la instrucción, efectuado por el equipo mujer menor de la unidad técnica de la policía judicial.



www.civil-mercantil.com

Existió una violación del derecho a la presunción de inocencia y por tanto procede la estimación del presente motivo , que hace innecesario el estudio de los restantes , procediendo a la absolución del recurrente, lo que se acordará en la segunda sentencia.

Quinto.

De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede declarar de oficio las costas del recurso al haberse estimado el mismo.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Fernando , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Mérida, de fecha 4 de Febrero de 2014 , la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Mérida, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

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

Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Luciano Varela Castro

Manuel Marchena Gómez Perfecto Andrés Ibáñez

446/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Fallo: 02/10/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 647/2014

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García

D. Julián Sánchez Melgar

D. Luciano Varela Castro

D. Manuel Marchena Gómez

D. Perfecto Andrés Ibáñez

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 nueve de Octubre de dos mil catorce.



www.civil-mercantil.com

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Castuera, Sumario nº 1/2009, seguida por delito de agresión sexual, contra Fernando , nacido el día NUM000 -1962, con DNI NUM001 , hijo de Roman y de Diana , natural de Cabeza del Buey (Badajoz), con domicilio en CALLE000 núm. NUM003 de Cabeza del Buey (Badajoz), y en situación de libertad provisional por esta causa; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.

Se mantienen los de la sentencia recurrida.

En relación a los hechos probados, se mantienen los hechos con la importante modificación de que debe eliminarse toda referencia al recurrente como autor de los hechos, debiendo entenderse que los mismos fueron ejecutados por persona no identificada.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Por los razonamientos contenidos en la sentencia casacional, debemos absolver con todos los pronunciamientos favorables al recurrente Fernando , con declaración de oficio de las costas de la presente instancia.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Fernando del delito de agresión sexual del que fue condenado en la instancia, con declaración de oficio de las costas de la primera instancia.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

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

Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Luciano Varela Castro
Manuel Marchena Gómez Perfecto Andrés Ibáñez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.