

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065370

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 153/2021, de 19 de febrero de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1277/2019

SUMARIO:

Proceso penal. Objeto del proceso. Proceso con todas las garantías y sin causar indefensión. Derecho a la tutela judicial efectiva.

Limitación del objeto del proceso en el trámite de cuestiones previas y exclusión en dicho trámite de unos hechos que no fueron recogidos en el auto de continuación por los trámites del Procedimiento Abreviado, pero que fueron incorporados al escrito de acusación y por los que se abrió juicio oral. Momento procesal oportuno para tal exclusión. Restricción indebida del espacio objetivo de enjuiciamiento, pero se excluye que se generara una material indefensión en consideración al contenido completo de la prueba y a los hechos que fueron objeto de enjuiciamiento.

El ejercicio de la acción penal no comporta, en el marco del art. 24.1 CE, un derecho incondicionado a la apertura y plena substanciación del proceso penal en los términos ambicionados por la acusación, sino solo el derecho a obtener un pronunciamiento motivado del juez. Este principio esencial determina la improcedencia de lo que el recurso plantea sobre el modo y momento en el que se restringió el espacio objetivo de enjuiciamiento. La prohibición de incluir en el escrito de conclusiones hechos que no han sido objeto del auto procesamiento es una nota definitoria del sistema. Su exigencia dibuja un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la acusación. No se trata de decidir si el procesado pudo o no defenderse, sino de proclamar que nunca debió haber sido acusado.

Pero la exclusión parcial de los hechos no justifica la anulación del procedimiento y de la sentencia absolutoria pretendida por el Ministerio Fiscal, a fin de volver a abordar un enjuiciamiento completo del delito continuado en el que se integraban los hechos que fueron indebidamente excluidos.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (Código Penal).

Constitución española, art. 24, 124.1.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 786.2.

PONENTE:

Don Pablo Llarena Conde.

Magistrados:

Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

Don ANA MARIA FERRER GARCIA

Don PABLO LLARENA CONDE

Don SUSANA POLO GARCIA

Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 153/2021

Fecha de sentencia: 19/02/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1277/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala Civil y Penal

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

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1277/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 153/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo García

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación 1277/2019 interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el 25 de febrero de 2019 por la Sala Civil y Penal Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad del País Vasco, en el Rollo de apelación penal 5/2019, en el que se desestimaron los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal (al que se adhirió la acusación particular), y por la representación de Fátima y de Felisa, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava, de 7 de noviembre de 2018, en el Rollo penal abreviado 6/2018, que absolvió a Ezequiel de los delitos de abuso sexual por los que fue acusado. Ha sido parte recurrida el Sr. Ezequiel, representado por el procurador don Javier Iglesias Gómez bajo la dirección letrada de doña Belén García Sáenz de Cortázar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción n.º 4 de Vitoria-Gasteiz incoó Procedimiento Abreviado 5601/2015, por delito de abuso sexual, contra Ezequiel, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda. Incoado el Rollo penal abreviado 6/2018, con fecha 7 de noviembre de 2018 dictó sentencia n.º 333/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" PRIMERO.- Ezequiel, nacido el NUM000 de 1989 y sin antecedentes penales, en los años 2014 y 2015 era entrenador de taekwondo en el club deportivo DIRECCION000, ubicado físicamente en el n ° NUM001 de la CALLE000 de Vitoria-Gasteiz.

Fátima, nacida el NUM002-2001, alumna del gimnasio desde octubre de 2014, acudió, junto con otros miembros del club, al campeonato de España de taekwondo que se celebró en Tarragona en el mes de marzo del año 2015.

Ha quedado probado que, en el desplazamiento en autobús hasta Tarragona, Ezequiel no hizo que la menor le masturbara.

No ha quedado acreditado que, en el viaje de vuelta, Ezequiel y Fátima se sentaran juntos y, protegidos por una manta, aquél cogiera la mano de la menor y la llevara hasta su pene, haciendo que le masturbara.

No ha quedado acreditado que, antes de la cena, Fátima estuviera a solas con el entrenador en la habitación de éste, ni que, aprovechando dicha circunstancia, Ezequiel le efectuara tocamientos por encima de la ropa, ni que le cogiera la mano y la dirigiera para conseguir que le masturbara, ni que intentara meter la mano por debajo del pantalón de ella.

No se ha probado que, después de la cena, Ezequiel durmiera en la que era su habitación, con Fátima y otra alumna (Felisa), tocando a Fátima e intentando que ésta le masturbara.

Fátima acudió en el mes de junio del año 2015 a otro campeonato celebrado en DIRECCION001.

Ha quedado acreditado que Ezequiel fue a la habitación que Fátima compartía con otra compañera de club (Palmira), que se tumbó vestido en la cama de ambas y que abrazó a Fátima.

SEGUNDO.- Felisa, nacida el NUM003-2002 y alumna del gimnasio desde noviembre del año 2013, tomó parte en una competición celebrada en la localidad francesa de Boé en el mes de noviembre del año 2014. Tenía entonces 12 años. Los competidores del club DIRECCION000 se alojaron en unos apartamentos compartidos o especie de residencia estudiantil con distintas habitaciones.

Ezequiel y la menor Felisa durmieron en la misma habitación, sin que haya quedado acreditado que compartieran la litera de abajo durante la noche, ni que el entrenador dijera a la niña: ¿no me vas a acariciar? ¿no me vas a tocar? que necesito mimos, abrázame, ni ha quedado tampoco probado que la abrazara, ni que restregara su zona genital sobre el cuerpo de la menor excitándose.

Felisa participó en otro campeonato de taekwondo en diciembre del año 2014, el cual tuvo lugar en Pontevedra. En esta ocasión, compartió habitación, además de con el entrenador, con sus compañeras de club Marí Jose y Palmira. La habitación contaba con una supletoria y tres camas. En las tres camas pegadas durmieron Palmira y Felisa. En medio de ambas, Ezequiel.

Ha quedado acreditado que, durante la noche, Ezequiel se acercó a Felisa y le dijo: dame mimitos que es la última noche. La menor comenzó a llorar.

TERCERO.- Comoquiera que Felisa lloró, Ezequiel se giró hacia el lado de Palmira, nacida el NUM004-2002 y alumna suya desde octubre del año 2012.

Ha quedado acreditado que seguido cogió la mano de la menor y la colocó sobre el muslo de él, dejándola ahí durante la noche, sin que se haya acreditado ánimo lúbrico.

CUARTO.- No ha quedado acreditado que Marí Jose, nacida el NUM005-1992, alumna también del gimnasio, fuera desacreditada ante terceros por parte de Ezequiel. Tampoco se ha probado que éste tratara de aislarla de sus compañeros, ni que intentara convencer a las alumnas del gimnasio de que acosaba a Palmira."

Segundo.

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS

1.- Que debemos absolver, y absolvemos, a D. Ezequiel del delito continuado de abuso sexual por el que Ministerio Fiscal y restantes partes acusadoras formulaban acusación.

2.- Que debemos absolver, y absolvemos, a D. Ezequiel del delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años del que era acusado por Ministerio Fiscal y restantes partes acusadoras.

3.- Que debemos absolver, y absolvemos, a D. Ezequiel del delito de abuso sexual a menor de 13 años del que era acusado por la acusación popular.

4.- Que debemos absolver, y absolvemos, a D. Ezequiel del delito de lesiones psicológicas y del delito contra la integridad moral de los que era acusado por la acusación popular.

5.- No ha lugar a la deducción de testimonio de particulares solicitada por la defensa técnica del acusado absuelto.

6.- Las costas causadas se declaran de oficio.

Hasta que la presente resolución sea firme, mantienen su vigencia las medidas cautelares adoptadas en auto de fecha 16 de diciembre de 2015 (con su modificación acordada en auto datado el 1 de abril de 2016).

Notifíquese a las partes esta resolución que es susceptible de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en los términos del artículo 846 ter LECr.
Notifíquese igualmente la sentencia a las ofendidas por los delitos."

Tercero.

Recurrida la anterior sentencia en apelación por el Ministerio Fiscal, recurso al que se adhirió la acusación popular ostentada por la Asociación DIRECCION002, y recurrida igualmente por la acusación particular ostentada por Fátima y Felisa, se remitieron las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, en fecha 25 de febrero de 2019 dictó sentencia con el siguiente FALLO:

"Se desestiman los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la acusación popular, y por la representación de Fátima y de Felisa, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava, de 7 de noviembre de 2018, por la que se absolvía a D. Ezequiel de los delitos por los que fue acusado, que confirmamos.

Sin especial pronunciamiento sobre las costas procesales."

Cuarto.

Notificada la sentencia a las partes, el Ministerio Fiscal y la representación procesal de la acusación particular, anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por quebrantamiento de forma, vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso exclusivamente por el Ministerio Fiscal, dictándose decreto de 28 de mayo de 2019 declarando desierto el recurso anunciado por Fátima y Felisa.

Quinto.

El recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

ÚNICO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con relación al artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del artículo 24 de la Constitución Española por vulneración a un derecho con todas las garantías sin causar indefensión.

Sexto.

Instruido Ezequiel del recurso interpuesto, en escrito con entrada en este Tribunal Supremo el 14 de junio de 2019, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 17 de febrero de 2021 prolongándose hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en su rollo de apelación 5/2019, dictó sentencia el 25 de febrero de 2019 en la que desestimó, entre otros, el recurso de apelación que fue interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 7 de noviembre de 2018 emitida por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Álava.

El Ministerio Fiscal recurre la decisión de la alzada por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender que se ha producido un quebranto de su derecho a un proceso con todas las garantías y sin causar indefensión.

En el desarrollo del recurso, el Ministerio Público destaca como antecedentes que el órgano de enjuiciamiento en primera instancia (la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Álava), durante el trámite de cuestiones previas y de oficio, excluyó del enjuiciamiento una serie de hechos que habían sido incluidos en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal y por los que el Juzgado de Instrucción había acordado posteriormente la apertura del juicio oral. La decisión se tomó al entender la Sala de enjuiciamiento: 1) que los hechos que se excluyeron no estaban englobados en el precedente auto de prosecución del procedimiento por los trámites del procedimiento

abreviado y 2) que los hechos fueron finalmente recogidos en un auto de apertura del juicio oral que se calificó " de formulario".

El alegato destaca que en su recurso de apelación el Ministerio Fiscal impugnó la decisión excluyente sosteniendo que generaba clara indefensión respecto de sus pretensiones punitivas, solicitando por ello la nulidad de la sentencia de instancia y del juicio oral. Una pretensión que sostuvo a partir de tres argumentos:

A. En el relato del auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado se detallaron con suficiente concreción: la identidad de las menores afectadas por la acción del acusado; el período en el que ocurrieron tales acciones; la relación del acusado con las menores; y las circunstancias en las que se produjeron bastantes de esas acciones, en concreto en el curso de la celebración de los distintos campeonatos a los que acudían las menores y el acusado durante los años 2014 y 2015. Por ello entendía que el escrito de acusación del Ministerio Fiscal no desbordaba el contenido del auto de prosecución.

B. El Tribunal de instancia no explicaba en su decisión por qué entendía que el auto de apertura de juicio oral era de formulario. Sostenía el Ministerio Fiscal que no podía calificarse al auto de mero formulario, al no tratarse de una resolución en la que, sobre un documento informático, se hubiera limitado el instructor a completar la fecha, el número de procedimiento, los acusados y responsable civiles, o la mención del tipo de delito. Antes al contrario, entendía que se trataba de una resolución judicial plenamente adecuada, pues describía los hechos, así como la calificación jurídica que de ellos se derivaba, estando pertrechado de la extensión necesaria para ello; sin que los defectos que pudiera contener restaran valor a la fijación del objeto procesal, por lo menos en cuanto a los de la acusación pública.

C. La Audiencia Provincial no anuló dicho auto de apertura de juicio oral, por lo que el enjuiciamiento debía versar sobre su contenido completo, denunciando además que la decisión de limitar el espacio objetivo de enjuiciamiento se adoptó indebidamente y en un momento procesal inoportuno, concretamente de oficio y en el trámite de cuestiones previas.

El alegato concluye diciendo que no solo la decisión de la instancia quebrantó su derecho a la tutela judicial efectiva, sino que lo hace también el órgano de apelación por no haber dado concreta respuesta a los argumentos desplegados en el recurso que resolvió.

Por todo ello, solicita que se declare la nulidad de la sentencia de apelación, así como el juicio oral y la sentencia que le puso término en primera instancia.

Segundo.

Conforme a lo expuesto, el recurso de casación plantea el quebranto del derecho a la tutela judicial desde un doble plano. De un lado, que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco no ha dado respuesta a los argumentos en los que se hizo descansar el recurso de apelación y, de otro, que la decisión adoptada en la instancia por la que se restringió el espacio objetivo de enjuiciamiento fijado en el escrito de acusación y en el auto de apertura de juicio oral, comporta un quebranto de su derecho a la tutela judicial respecto de su pretensión punitiva.

Dos premisas enmarcan la cuestión que es objeto de recurso.

De un lado, que el Ministerio Fiscal está legitimado para articular motivos casacionales con base en los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, por vulneración de derechos fundamentales. El derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24.1 CE, como derecho a la prestación de la actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, es un derecho que se ha declarado corresponder a personas físicas y jurídicas, de carácter público o privado, siempre que la ley les reconozca capacidad en el proceso (SSTS 64/1998, de 12 de abril y 99/1989, de 5 de junio). El derecho va así anudado a la posición de parte procesal y, entre ellas, a la sustentada por el Ministerio Fiscal, quien cuenta además con la justificación de ser su actuación en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley que le atribuyen el artículo 124.1 CE y los artículos 1 y 3.1 de su Estatuto Orgánico (STS 731/2003); criterio de legitimación expresamente acogido en los Plenos no jurisdiccionales de esta Sala Segunda de 9 de marzo de 1993 y 27 de febrero de 1998, con desarrollo en pacífica jurisprudencia posterior.

De otro, que al reclamarse la anulación del juicio oral y de la sentencia de instancia, sin que la petición busque exclusivamente la declaración de nulidad de la sentencia de segunda instancia y que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco dicte nueva sentencia que resuelva en plenitud los alegatos del recurso de apelación, de lo que el Ministerio Público realmente discrepa es de la respuesta recibida respecto al fondo de la cuestión, esto es, la pretensión no busca la corrección de una supuesta incongruencia omisiva en la alzada, sino que defiende corregir que se estableciera una restricción del objeto de proceso en primera instancia, por entender que la limitación supuso un quebranto de su derecho a la tutela judicial efectiva respecto de la acción penal que ejerció.

Tercero.

Hemos reiterado en numerosas ocasiones, de conformidad con lo también recogido por el Tribunal Constitucional en doctrina bien consolidada, que el ejercicio de la acción penal no comporta, en el marco del art. 24.1 CE, un derecho incondicionado a la apertura y plena substanciación del proceso penal en los términos ambicionados por la acusación, sino solo el derecho a obtener un pronunciamiento motivado del juez frente a sus pretensiones, expresando la autoridad judicial las razones por las que, en cada momento procesal, puede frustrarse la pretensión de persecución y sanción que se asienta en la atribución de determinados hechos y responsabilidades. De este modo, las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por cualquier resolución denegatoria de la viabilidad del proceso, si se fundamenta de forma razonable en la concurrencia de los motivos legalmente previstos para tal resultado.

Este principio esencial determina la improcedencia de lo que el recurso plantea sobre el modo y momento en el que se restringió el espacio objetivo de enjuiciamiento.

El Ministerio Fiscal reprocha, en primer término, que el órgano de enjuiciamiento limitó los hechos por los que debía ser juzgado el acusado mediante un mecanismo procesal inadecuado. Denuncia que se hizo en el trámite de cuestiones previas y que la restricción se abordó de oficio por el Tribunal de instancia que, en la práctica, ha dejado sin efecto un auto de apertura de juicio oral que sí alcanzaba a los hechos excluidos, y que lo ha hecho sin declarar la nulidad de lo que dicha resolución acordaba. Y reprocha además que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco no haya analizado la cuestión de la inoportunidad de este proceder en la instancia.

3.1. Debe adelantarse lo desacertado de esta última objeción. Contrariamente a lo que el recurso del Ministerio Público reprocha en su sentencia, la decisión del Tribunal Superior de Justicia no elude la problemática de cuándo y cómo el Tribunal de instancia excluyó determinados hechos del enjuiciamiento. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco admite la forma en que la exclusión tuvo lugar, indicando que: "no se discute que la decisión de excluir determinados hechos del enjuiciamiento se adoptó por el tribunal a quo de oficio, en el trámite de alegaciones previas, no obstante no haber suscitado la cuestión ninguna de las partes personadas; que el imputado presentó escrito de defensa en relación con todos los hechos incluidos en el escrito de acusación y en el auto de apertura de juicio oral, sin que hiciera objeción alguna sobre la inclusión de hechos que no figuraban en el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado; que los hechos excluidos de enjuiciamiento no fueron objeto de sobreseimiento, ni dieron lugar a la apertura de nueva causa; ni que al investigado se le tomó declaración en dos ocasiones y en relación con todos los hechos que figuran en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal y en el auto de apertura del juicio oral". Sin embargo, pese a esta coyuntura el TSJPV manifiesta ..." dichas circunstancias no obstan ni menoscaban las razones dadas por la sentencia impugnada en justificación de la exclusión de los hechos señalados porque, como ha quedado expuesto, la concreción del objeto del proceso, de acuerdo con reiterado y constante criterio jurisprudencial, se determina en el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, al delimitar el ámbito objetivo y subjetivo del proceso".

3.2. En cuanto a la cuestión de fondo, debe destacarse que el artículo 786.2 de la LECRIM dispone que "El Juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto".

La previsión normativa de que el trámite de cuestiones previas se abra a instancia de parte, ni puede excluir la posibilidad de que el Tribunal plantee de oficio alguna de las cuestiones propias de este trámite para su debate entre las partes, ni hurta lo que es la exigencia sustantiva de tal regulación, esto es, que existen determinadas cuestiones que, por su naturaleza de orden público o por su concreta repercusión para el juicio oral que pretende iniciarse, justifican que se adelante su decisión a la práctica de la prueba y al dictado de la sentencia, sin que por ello puedan sustraerse del debate contradictorio, que en este supuesto estuvo plenamente observado.

Entre las cuestiones que son susceptibles de decisión preferente se encuentra cualquier eventual vulneración de los derechos fundamentales, con cuya protección están comprometidos quienes ejercen la jurisdicción, y entre los que se ubica el respeto del principio acusatorio como expresión concreta del derecho a un proceso con todas las garantías, particularmente del derecho de defensa y a ser informado de la acusación (art. 24 CE).

Así pues, el debate sobre si determinada pretensión punitiva desborda la realidad fáctica sobre la que pudo construirse la acusación, aun siendo un aspecto que podría resolverse a la terminación del juicio oral, es también una cuestión que puede resultar de relevancia para la ordenación del juicio oral y del debate, teniendo plena cabida en el trámite de cuestiones previas y pudiendo avanzarse la decisión -tras un debate contradictorio- al momento previo a la práctica de la prueba.

La acusación pública sugiere que una vez abierto el juicio oral sobre determinados hechos, salvo que se anule la decisión o se incumpla el mandato del auto que la proclama, no cabe otra declaración sobre los hechos objeto de acusación que la que se plasme en la sentencia definitiva.

Elude, sin embargo, que la decisión interlocutoria de apertura del juicio oral se cumple tan pronto como el plenario comienza con la lectura de los escritos de acusación y defensa que hemos resaltado, y que, una vez principiado, la regulación procesal permite que la cuestión que analizamos pueda resolverse con anterioridad incluso a la práctica de la prueba, tal y como expresa nuestra norma procesal al indicar que el Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas, sin que quepa recurso contra tal decisión, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia.

Cuarto.

El recurso también reprocha las razones que llevaron a la limitación del espacio objetivo de enjuiciamiento.

En primer lugar, entiende que el auto de apertura de juicio oral que siguió al escrito de calificación provisional de las acusaciones, carecía del automatismo que la sentencia de instancia proclama.

En segundo término, y desde la especificidad del auto, aduce que el auto de transformación en Procedimiento Abreviado concretaba suficientemente: 1) la identidad de las menores afectadas por la acción del acusado; 2) el período en el que ocurrieron tales acciones; 3) la relación del acusado con las menores; y 4) las circunstancias en las que se producían bastantes de esas acciones, en concreto en el curso de la celebración de los distintos campeonatos a los que acudían las menores y el acusado en los años 2014 y 2015. Por ello, alega que todos los hechos que se atribuyan al acusado en tal coyuntura, no desbordan el espacio de enjuiciamiento que marcó el auto de prosecución, máxime cuando tampoco se acordó el sobreseimiento sobre los comportamientos no descritos, pese a que habían sido objeto de indagación en los interrogatorios sumariales.

4.1. La Sala de instancia excluyó que el enjuiciamiento pudiera extenderse a aquellos hechos objeto de acusación que no habían sido reflejados en el auto de prosecución por los trámites del procedimiento abreviado y cuya ausencia no había suscitado ningún recurso. Destaca que el auto de prosecución no fijaba unos hechos a modo de ejemplo, sino que, partiendo de una explicación más abierta, centraba las circunstancias y momentos en los que se habían perpetrado los abusos indiciariamente reflejados con la investigación.

Se reproduce así en la sentencia de instancia los hechos que recogía el auto de terminación de la fase de investigación, concretamente:

" Que las menores de 16 años a fecha de la supuesta comisión de los hechos, Felisa, Fátima y Palmira eran alumnas de Taekwondo del gimnasio DIRECCION000 de esta localidad, siendo el investigado en esta causa Ezequiel monitor de las mismas.

Que con ocasión de la participación de estas menores en competiciones deportivas de taekwondo, el investigado presuntamente realizó actos de naturaleza sexual (consistentes en tocamientos, besos, abrazos y masturbaciones) que indiciariamente tuvieron lugar:

* En noviembre de 2014 en un Campeonato celebrado en Francia cuando el investigado intentó llevar a cabo tocamientos libidinosos hacia la menor Felisa.

* En diciembre de 2014 cuando con ocasión de la celebración de un campeonato en Pontevedra, cuando las menores Palmira y Felisa durmieron en la misma cama con el investigado, siendo que éste presuntamente al día siguiente la menor Palmira a petición del investigado se acostó con él y le tocó el muslo.

* En marzo de 2015 en el contexto de un campeonato celebrado en Tarragona el investigado llevó a cabo tocamientos por encima de la ropa en el cuerpo de la menor Fátima, haciendo que la menor le masturbara.

* En abril o mayo de 2015 -con ocasión de un campeonato en DIRECCION001- cuando el investigado requirió a las menores Palmira y Fátima para que se acostaran con él en la cama y le abrazaran.

Que como quiera que la alumna del gimnasio Marí Jose ha presenciado y/o conocido alguno de estos episodios, ha sido sujeto pasivo de conductas de desprecio llevadas a efecto por parte del investigado Ezequiel."

A partir de ahí, el Tribunal constataba que existían determinados hechos por los que se sostenía acusación y que excedían del relato fáctico expresado. Concretamente: a) Unos supuestos abusos sobre Fátima, perpetrados en abril de 2015 en Pontevedra, así como otros acaecidos en un viaje a Guadalajara que recogía la acusación particular; b) Una mayor relación de hechos que los que el auto de prosecución describe como acaecidos en DIRECCION001 en el año 2015, pero en todo caso sufridos en ese viaje y por la misma menor y c) Una serie de actuaciones perpetradas contra Fátima, Palmira y Felisa, que el Tribunal proclama que no se recogen en el auto de Procedimiento Abreviado y sobre las que, sin embargo, la acusación particular sostuvo la comisión de determinados delitos de amenazas y de coacciones.

Ante esta situación procesal, la decisión excluyente destaca como argumento definitivo o esencial, la posición de esta Sala expresada en la STS 133/2018, de 20 de marzo, que con relación a los hechos que desbordan

el sustrato fáctico del auto de procesamiento, sostiene que "El auto de procesamiento, con todo el carácter provisional que quiera atribuírsele, no puede limitar su funcionalidad a la definición de quién haya de soportar la acusación. Esta resolución, para cuyo dictado el más clásico de los tratadistas exigía de los Jueces "una moderación y una prudencia exquisitas", es algo más. La garantía jurisdiccional, tal y como fue concebida en el modelo, del sumario ordinario, no puede contentarse con dibujar el quién de la inculpación. Ha de precisar también el qué y, por supuesto, el porqué. Sólo así cobra pleno sentido el sistema de investigación jurisdiccional al que se somete la fase de investigación en el procedimiento ordinario. Una interpretación microliteral del art. 650.1 de la LECrim, conduciría a la desnaturalización del sistema ideado para hacer eficaz la garantía jurisdiccional en el procedimiento ordinario. De hecho, llevado a sus últimas consecuencias obligaría a tolerar, por ejemplo, que el Fiscal pudiera formular acusación por hechos excluidos por decisión judicial en el momento de dictar la resolución de admisión a trámite de una querrela. Esos hechos resultan del sumario y, sin embargo, no pueden integrar el acta de acusación.

Es evidente que el grado de vinculación entre el auto de procesamiento y el escrito de acusación del Fiscal no puede entenderse más allá de sus justos términos. En efecto, la formulación de las conclusiones provisionales corresponde al Ministerio Fiscal. Es él quien actúa el ius puniendi del Estado y quien decide con la autonomía funcional predicable de su configuración constitucional, qué va a ser objeto de acusación y contra quién va dirigirse la pretensión punitiva. El Juez de instrucción no puede exigir del Fiscal que el hecho por el que se formula acusación y las personas que hayan de soportar esa acusación coincidan con el relato fáctico y con el juicio de inculpación que ha considerado procedente expresar en el auto de procesamiento. El Fiscal puede no incorporar a su acta de acusación alguno de los hechos acogidos en el auto de procesamiento. Puede también apartarse de la subsunción suscrita por el Instructor y calificar los hechos con una tipicidad alternativa. Puede no acusar a todos y cada uno de los investigados que fueron declarados procesados por el Juez. Está facultado, como es lógico, para instar la revocación del auto de conclusión del sumario para la inclusión de aquellos presupuestos fácticos que, a su juicio, hayan sido erróneamente omitidos por el Juez de instrucción (cfr. art. 627 LECrim). Pero si descarta el sobreseimiento libre o provisional (arts. 637, 641 y 642 LECrim) y se inclina por formular acusación, no podrá desbordar el relato fáctico dibujado por el Juez de instrucción ni podrá acusar a quien previamente no haya sido declarado procesado". Y añadía: "El argumento que late en el recurso del Fiscal, referido a la posibilidad que se dio al procesado de defenderse en el acto del juicio oral de los hechos no incluidos en el acto de procesamiento, no puede compartirse. No estamos ante un problema de tutela judicial efectiva, ni siquiera de indefensión formal o material. La prohibición de incluir en el escrito de conclusiones hechos que no han sido objeto del auto de procesamiento es una nota definitoria del sistema. Su exigencia dibuja un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la acusación. No se trata de decidir si el procesado pudo o no defenderse, sino de proclamar que nunca debió haber sido acusado.

Doctrina la anterior que se reitera en la presente resolución pues aun siendo cierto que una ampliación en el relato histórico del escrito de acusación en relación con la descripción de hechos contenida en el auto de procesamiento no implica siempre una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa, pues las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios, no conculcan tales derechos y pueden ser introducidas por las acusaciones, tal supuesto no sería el del caso actual, en cuanto la introducción de hechos en el escrito de acusación se refiere a aspectos tan esenciales como cuatro agresiones sexuales sufridas por la víctima entre abril 2011 y julio 2013 y otra entre febrero y mayo 2013, no comprendidas en el auto de procesamiento".

4.2. Esta argumentación es asumida por el Tribunal de apelación en el tercer fundamento jurídico de su sentencia, resaltando que para el procedimiento abreviado la resolución equivalente al auto de procesamiento es el auto de transformación que ahora analizamos, por ser la resolución en la que el juez de instrucción exterioriza un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria, delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso (SSTS de 25 de enero de 2007 y 22 de mayo de 2014).

Y el Tribunal Superior de Justicia refuerza su posicionamiento invocando nuestras sentencias de 18 de marzo de 2015 y 12 de julio de 2017, y destaca que para la concreción del objeto del proceso y evitar la indefensión que para los acusados puede tener una ampliación sorpresiva de aquel, esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado que el auto en el que se acuerda la continuación de la causa por el procedimiento abreviado, en la medida en que se exige que refleje los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se imputan, supone un control judicial sobre el alcance de la acusación, por lo que no permite que las acusaciones se refieran a hechos esencialmente distintos de los comprendidos en aquel.

4.3. Sin embargo, no puede eludirse que la Jurisprudencia de esta Sala, no solo faculta modificaciones de aspectos secundarios o que no resulten esenciales para sostener la pretensión punitiva que en cada caso se ventila, sino que ha detallado que los hechos que deben excluirse de la acusación son aquellos que, reflejando nuevas conductas, den lugar a delitos diferentes de los sustentados en los hechos expresamente mencionados, permitiéndose precisiones de las conductas delictivas imputadas en la instrucción y contempladas con cierta generalidad en el auto de transformación.

Como tiene dicho esta Sala en la sentencia 1088/1999, de 2 de julio "La información al sujeto pasivo del procedimiento penal acerca del objeto del mismo, en lo que pueda afectarle, constituye un elemento esencial para

el ejercicio del derecho de defensa, tanto durante la instrucción como en el juicio, pero precisamente por ello tiene sus propios momentos y trámites procesales que no hacen recaer dicha función esencial sobre la resolución que acuerda la conclusión de la instrucción y apertura de la fase intermedia. Dichos momentos son: a) en fase de instrucción, el traslado judicial de la imputación a la persona afectada, antes o en el momento de recibirle declaración como imputado, instruyéndole de sus derechos y facultándole para intervenir en la instrucción, pudiendo formular las alegaciones que estime oportunas para su defensa y solicitar cuantas diligencias estime pertinentes (art. 118 y 789.4º de la L.E.Criminal). Con ello se posibilita el ejercicio pleno del derecho de defensa, respecto de los hechos que han sido objeto de imputación judicial, durante la instrucción del procedimiento. b) En la fase intermedia -ya en calidad de acusado y no de mero imputado- cuando se le da traslado de la acusación (art. 790.6º L.E.Criminal), una vez que ésta se ha formulado por quien debe hacerlo (las partes acusadoras y no el Juez de Instrucción), información que le faculta para ejercitar con plenitud su derecho de defensa cara al juicio oral, formulando su calificación alternativa y planteando los medios de prueba que estime pertinentes".

Conforme a ello, detallábamos en nuestra reciente sentencia 269/2020, de 29 de mayo, entre muchas otras, que la acusación por unos hechos en el procedimiento abreviado exige de un conjunto de presupuestos:

"a) Que el imputado haya sido informado de los hechos y haya declarado (o al menos, haya podido declarar) sobre ellos. A esta idea se refirió en extenso la muy conocida STC 186/1990, de 15 de noviembre.

b) Que en el auto de transformación (art. 779.1.4 LECrim) se haya ordenado proceder por tales hechos: es un filtro que ha de efectuar el Juez de Instrucción depurando el objeto procesal de forma que expulse mediante el sobreseimiento aquellos hechos investigados respecto de los que no haya indicios fundados de comisión; y ordene la prosecución respecto de aquellos otros que cuentan con una base indiciaria sólida. Es esta una primera vertiente del irrenunciable juicio de acusación que en el procedimiento abreviado aparece de forma no muy lógica desdoblado en dos momentos diferentes complementarios. Esta función de esta resolución que o no tenía en la normativa anterior a la reforma de 2002, o que aparecía de forma muy desvaída, fue recuperada o, mejor, introducida por tal modificación legislativa.

c) Que exista una parte legitimada que formule acusación por tales hechos.

d) Que el Juez de Instrucción a la vista de la acusación realice una nueva evaluación (segundo filtro del juicio de acusación) constatando si son típicos y si hay fundamento para abrir el juicio oral (en este segundo aspecto se reproduce una valoración del material que ya debió efectuarse antes). En caso contrario habrá de decretar el oportuno sobreseimiento".

4.4. Consecuentemente, no puede concluirse que la exclusión de los abusos descritos en el escrito acusatorio del Ministerio Fiscal (la acusación particular no objeta la limitación fáctica de sus pretensiones), viniera impuesta por la necesidad de preservar el espacio de defensa del encausado y después acusado.

En el procedimiento que contemplamos, el investigado fue inicialmente informado de los hechos que eran objeto de instrucción. Concretamente supo de su posible responsabilidad como autor de reiterados abusos sexuales sobre determinadas menores que pertenecían al equipo deportivo que él entrenaba y perpetrados con ocasión de diversos viajes deportivos. Más allá de los concretos actos de abuso que se indagaron y sobre los que se le preguntó expresamente al investigado, el comportamiento averiguado respondía a la repetición de abusos sexuales en un contexto temporal y de relaciones personales que estuvo perfectamente singularizado. Lo expuesto permitió que el encausado proyectara los argumentos de defensa que quiso oponer, tanto a la actuación general que se le atribuyó, como a los actos separados que las denunciantes describieron.

Con ese contenido de la investigación, la instrucción concluyó aceptando la posibilidad de los abusos y ordenando la continuación de las Diligencias Previas por los trámites del Procedimiento Abreviado. Y pese a la simplificación con la que el auto describió algunas de las conductas de abuso, la resolución acepta la generalidad de los hechos investigados respecto de algunas víctimas en concreto, de modo que una lectura global de la decisión judicial proyecta que la investigación asume un comportamiento susceptible de subsumirse en tantos delitos continuados de abuso sexual cuantas menores podían haber resultado afectadas, lo que no solo se refleja en la ausencia de cualquier sobreseimiento objetivo parcial, sino en los escritos de calificación provisional de las acusaciones, en el posterior auto de apertura del juicio oral e, incluso, en un escrito de defensa que sale al paso de cuantas actuaciones aisladas fundaron la acusación.

Los hechos fueron indebidamente excluidos.

Quinto.

Lo expuesto no puede conducir, sin embargo, a la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

El quebrantamiento del derecho que analizamos, además de exigir la desatención de las normas procedimentales establecidas para preservar la capacidad de la defensa que corresponde a las partes, requiere, como la jurisprudencia de esta Sala ha recordado en innumerables ocasiones, que se acredite una merma real y

cierta de la operatividad de su actuación procesal sustantiva, eliminando o disminuyendo netamente los recursos con los que contaba para sustentar cualquier planteamiento o noción el ejercicio de su acción.

A modo de ejemplo, entre muchas otras, la sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 2014 dispone que la indefensión, como primero de sus rasgos distintivos, exige "la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada".

En el presente supuesto, el contenido intrínseco de la decisión, si bien comportó una incuestionable limitación del soporte fáctico de la acusación del Ministerio Público, no determinó una efectiva indefensión para la parte.

Los hechos excluidos eran detalle de la descripción fáctica que, de modo más genérico, recogió el auto de prosecución por los trámites del procedimiento abreviado. Y del mismo modo que esos hechos no quedaron postergados en el auto, tal y como el propio recurso defiende, tampoco quedaron completamente desterrados del objeto del enjuiciamiento.

5.1. Concretamente, los hechos que se declararon exceptuados del enjuiciamiento y que hacían referencia a Fátima, consistieron en unos tocamientos semejantes a aquellos otros abusos debatidos con detalle durante el juicio oral. En concreto se excluyó del enjuiciamiento unos tocamientos en un viaje a Pontevedra y un concreto tocamiento acaecido con ocasión de un viaje deportivo a DIRECCION001 y supuestamente perpetrado -como otros abusos sí enjuiciados- durante el traslado al Principado.

Sin embargo, el análisis que realiza el Tribunal sobre el conjunto de la prueba practicada proyecta sus efectos sobre la globalidad de los atropellos sexuales supuestamente perpetrados en esos viajes.

El Tribunal considera la declaración de la menor y la declaración del acusado. Tras apreciar la contradicción entre ambas versiones, el Tribunal las somete al contraste con una prueba plural, buscando la corroboración genérica y específica de los abusos.

Concretamente analiza el testimonio de referencia de la madre de Fátima; contempla también los mensajes de wasap cruzados entre esta y su hija, en los que la Sala aprecia un cierto impulso materno en la denuncia; detalla las numerosas conversaciones por escrito mantenidas entre la menor y el acusado, en las que no identifica ningún contenido sexual; evalúa también la prueba pericial, de la que el Tribunal no extrae ninguna convicción sobre la verosimilitud del relato de la víctima; y termina evaluando una trascendente prueba testifical que pormenoriza en su sentencia. Sobre ella, la sentencia destaca que los testimonios reflejaron que en el viaje a DIRECCION001 el entrenador dormía con otras personas y que sus compañeros de habitación no le vieron salir por la noche. Y también analiza la prueba testifical respecto de otro viaje (este de retorno a Tarragona), que sí bien no está vinculado a los hechos de DIRECCION001 sí hacía referencia a otros abusos en los que el acusado se habría dejado tocar o masturbar durante el trayecto, destacando que los testigos ni siquiera sostuvieron que la denunciante y el acusado se sentaran juntos en el autobús.

Con todo ello, no se aprecia que la restricción de los hechos haya comportado una efectiva indefensión respecto de la acción penal inicialmente ejercitada. La motivación del Tribunal permite apreciar que la insuficiencia de la prueba se proyecta sobre la globalidad del contexto de abusos, de modo que las objeciones puntuales que sostiene el recurso no pueden ser causa razonable para desactivar el enjuiciamiento y anular el material probatorio que llevó al Tribunal de enjuiciamiento a absolver al acusado, a fin de someterle después a una nueva y distinta consideración judicial sobre el conjunto de la imputación delictiva.

5.2. El resto de hechos decaídos del enjuiciamiento consistían en que el acusado pudo haber realizado tocamientos a Felisa. Concretamente, en los párrafos excluidos se atribuía al acusado (de manera indefinida) que acariciaba los pies a la menor, le daba masajes en la pierna, y que en alguna ocasión le tocó el culo (apartado B), además de afirmar, de una manera más genérica aun, que obligó a la menor " a que le acariciara, haciéndolo él también. Esas caricias fueron por todo el cuerpo, salvo en la zona genital" (apartado B2) .

Respecto de esta menor, la sentencia analiza la credibilidad de la acusación objeto de enjuiciamiento.

Se centró así, en si el acusado -aprovechando que dormía con la menor- pudo pedirle abrazos en varias ocasiones, concretamente en un viaje a la localidad francesa de Boé y en otro a la ciudad de Pontevedra, además de haberse frotado en su zona genital contra el cuerpo de la menor.

El Tribunal aprecia la contradicción entre la versión de la menor (que sostuvo la realidad de estos abusos), y la versión del acusado. Destaca que el acusado declaró que tuvo que dormir con la menor por imperativo de los criterios que regían los viajes, debiendo acompañar como adulto a la menor (Felisa tenía 12 años) porque viajaba sola, si bien afirmó que dormían en literas y que ni siquiera llegó a tumbarse en la cama de la niña.

El Tribunal, ante la versión contradictoria de los afectados y sin poder extraer ninguna conclusión de la prueba pericial practicada, evalúa varios datos periféricos.

En primer lugar, destaca que la menor no confió a nadie su aberrante experiencia. Refleja además que tres testigos confirmaron la versión del acusado sobre cómo se distribuían las habitaciones y por qué el entrenador debía

dormir con la menor, afirmando que se hacía así con todos los menores de corta edad que no viajaban acompañados. Añade que uno de estos testigos, Apolonia, relató al Tribunal que en una ocasión entró en la habitación a recoger una mochila y que pudo constatar que no solo no estaba echado el pestillo de la puerta, sino que el entrenador estaba durmiendo en la cama de abajo y la menor Felisa en la de arriba. Por último, el Tribunal va desgranando las múltiples alteraciones en el contenido del relato que realizó la menor a lo largo del procedimiento, y detalla varios aspectos de escasa coherencia objetiva.

Con todo ello, el Tribunal plasma su pronunciamiento absolutorio, en una valoración probatoria que resultaría fácilmente extrapolable a los hechos cuya exclusión se reprocha y que quedaban englobados en el delito continuado por el que se pidió la condena. No se aprecia que la decisión que se impugna generara una efectiva indefensión que justifique en nuevo y completo enjuiciamiento que la acusación pública pretende.

El motivo se desestima.

Sexto.

Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el 25 de febrero de 2019, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco en el Rollo de apelación penal 5/2019, que desestimó los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava el 7 de noviembre de 2018 en el Rollo penal abreviado 6/2018, que absolvió a Ezequiel de los delitos por los que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Ana María Ferrer García
Pablo Llarena Conde Susana Polo García Javier Hernández García

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.