

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065836

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 931/2021, de 1 de diciembre de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 173/2020

SUMARIO:

Procedimiento penal. Derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva. Procedimiento abreviado. Sumario ordinario.

Acomodación del procedimiento al sumario en lugar de seguirse al cauce del abreviado al postular la acusación particular pena que exigía acomodar el mismo al trámite del sumario. Ello no provoca indefensión material al recurrente por la circunstancia de que haya sido el tribunal que iba a celebrar el juicio el que aceptara la cuestión previa suscitada y acordara retrotraer el procedimiento al momento de la transformación para hacerlo al trámite del sumario dada la pena que sostenía la acusación particular.

El auto por el que se modifica el procedimiento, vincula a las partes en cuanto a los hechos imputados y en las personas responsables, pero no en las calificaciones jurídicas que el Juez formule, por cuanto el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado ni tiene por finalidad ni naturaleza la función acusatoria del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones de modo que la ausencia de determinación expresa de un delito en dicho auto no impide que pueda ser objeto de acusación, siempre que del hecho estuviese imputado cuando el acusado prestó su declaración y pudiera solicitar las oportunas diligencias sobre el mismo. Queda excluida de raíz la invocación de una pretendida "indefensión"..... si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 11.4 y 183.4 d).

Constitución española, art. 24.

Ley de enjuiciamiento Criminal, art. 852.

PONENTE:

Don Vicente Magro Servet.

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO

Don VICENTE MAGRO SERVET

Don SUSANA POLO GARCIA

Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 931/2021

Fecha de sentencia: 01/12/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 173/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 173/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 931/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 1 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Miguel , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por indicado acusado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, de fecha 27 de junio de 2019, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Cristina Lena Jiménez y bajo la dirección Letrada de D. Antonio Lena Martín, y la recurrida Acusación Particular D. Onesimo representado por la procuradora Dña. M^a Teresa Escaso Silverio y bajo la dirección Letrada de D. Segundo Berjano Murga.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Badajoz instruyó sumario con el nº 1/2018 contra Miguel, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, que con fecha 27 de junio de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Probado y así se declara fecha no concretada pero, aproximadamente en el período comprendido entre los últimos meses de 2015 y hasta septiembre de 2016 el procesado Miguel (Documento de identidad NUM000), mayor de edad y sin antecedentes penales, ha venido realizando, con una frecuencia de entre dos y tres veces por semana,

con ánimo libidinoso, tocamientos en la zona genital, a Mercedes, nacida el día NUM001 de 2004, hija de una relación anterior de su pareja, en el inmueble en el que conviven los tres, junto con otra hija menor nacida de la relación con la actual pareja, sito en la c/ DIRECCION000, nº NUM002, en Badajoz, siempre introduciendo su mano a través de las prendas íntimas de la menor. Los citados comportamientos tenían lugar, fundamentalmente, en el dormitorio de Mercedes, en sus horas de descanso, generalmente a las 5:00 horas, momento en que el acusado se levantaba para incorporarse, a las 6:00 horas, a su actividad laboral, y aprovechando que su pareja e hija dormían, llegando, en agosto de 2016, a introducirle los dedos en la vagina en más de una ocasión, sin que conste el número exacto de veces, siendo frecuente que se interrumpieran los episodios descritos cuando la menor alertaba a su madre aunque le ocultaba el motivo real de la llamada. Con el mismo propósito, en concreto durante el verano de 2016, en hora no concretada pero antes de la hora de la comida, la cogió por la cintura y la besó en la boca, tirándola sobre su cama y echándose sobre ella, al tiempo que le decía que sólo la quería a ella, logrando finalmente zafarse la menor y rogándole el acusado que guardara el secreto de lo ocurrido. A resultados de estos hechos Mercedes presenta, como secuela, un aumento de la hipervigilancia y de la activación, propiciándole un aumento del estado de ansiedad, unido a un sentimiento de indefensión y abandono emocional que le producen una pérdida de su calidad de vida y un cambio difícil, en su dinámica habitual".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debemos condenar y condenamos al procesado DON Miguel mayor de edad y sin antecedentes penales computables, como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de ONCE AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad durante quince años, prohibición de aproximarse al domicilio, centro docente, en su caso de trabajo y persona de Doña Mercedes a menos de 500 metros, así como prohibición de comunicar con ella por cualquier medio durante 15 años, estableciéndose la medida de libertad vigilada durante 10 años, condenándole igualmente al pago de las costas procesales originadas en el presente procedimiento incluidas las ocasionadas por la acusación particular, en concepto de responsabilidad civil se condena al citado procesado a que abone a Doña Mercedes, en concepto de daños morales, la cantidad de cinco mil euros, cantidad que devengará los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la firmeza de la presente resolución hasta su completo pago. Aplíquese al citado procesado y para el cumplimiento de las expresadas penas todo el tiempo que haya estado privado de libertad por la presente causa. Se aprueba por sus propios fundamentos el auto de solvencia que dictó el Instructor y obra en la pieza separada correspondiente. Queda prohibida la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales de la misma. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas y personalmente a la víctima. Contra esta resolución cabe RECURSO DE CASACIÓN, para ante la Sala II del TRIBUNAL SUPREMO, debiendo prepararse ante esta Audiencia Provincial (Sección Primera), mediante escrito presentado en el término improrrogable de CINCO DÍAS contados desde el siguiente al de la última notificación de la misma, autorizado por Abogado y Procurador".

Indicada sentencia se recurrió en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que con fecha 12 de diciembre de 2019 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que debemos acordar y acordamos DESESTIMAR el Recurso de apelación interpuesto por el condenado Miguel representado por la Procuradora de los Tribunales DÑA. CRISTINA LENA JIMENEZ y defendido por la letrada DÑA. MANUEL ROMERO DIEZ [""Sumario Ordinario 0001/2018; Rollo de Sala núm. 0030/2018; Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera""], contra la sentencia de instancia de 27 de junio de 2019, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS aludida resolución, declarando de oficio las costas de este recurso. Contra la presente Sentencia cabe RECURSO DE CASACIÓN, [Artículos 847. 1. a) 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal] para ante la Sala II del TRIBUNAL SUPREMO, debiendo formularse y prepararse - Artículo 855 de la Ley- ante la Sala Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, mediante escrito presentado en el término improrrogable de CINCO DÍAS contados desde el siguiente al de la última notificación de la misma, autorizado por Abogado y Procurador [Art. 856 de la ley procesal], debiendo la parte requerir testimonio de la sentencia de esta Sala y manifestar la clase o clases de recurso que trate de utilizar. Notifíquese la presente SENTENCIA al Ministerio Fiscal, a los acusados-apelantes y a sus Procuradores. Archívese el original en el Libro-Registro de SENTENCIAS".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación del acusado D. Miguel , 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.

El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Miguel , lo baso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Por infracción de precepto constitucional de derecho a la tutela judicial efectiva, se subsume el presente en dos motivos o cuestiones, por los que se ha vulnerado este derecho fundamental. Se formula al amparo del art. 5.4 L.O.P.J., por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra nuestra CE en su artículo 24, número 1, en relación con el artículo 53, número 1, del propio Texto Constitucional.

Segundo.

Errónea valoración de la prueba: falta de veracidad de la declaración de la perjudicada. Los informes de la forense y la psicóloga particular de la acusación fijaban el relato como "probablemente creíble".

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular que impugnó el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 30 de noviembre de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de Miguel contra la sentencia número 29/19 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dictada el 12 de diciembre de 2019.

Segundo.

1.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).

Señala el recurrente que "con fecha 16 de diciembre de 2.016 se dictó auto acordando seguir los trámites del procedimiento abreviado, que devino firme. La acusación particular con fecha 4 de enero de 2.017, presentó sus conclusiones particulares, solicitando una pena de quince años de prisión, así como diez años de alejamiento de la víctima, por la comisión de un delito tipificado en el art. 183.4.d) del Código Penal. El 7 de febrero de 2.017 se dictó Auto por el Juzgado de Instrucción Número Cuatro de Badajoz en el que se jndicaba que no era viable interesar la agravación del párrafo 3, al exceder de los límites del procedimiento abreviado y ser firme el auto de fecha 16.12.2016.

Se señaló por la Audiencia Provincial de Badajoz, para la celebración de la vista del procedimiento abreviado 10/2.017, el día 27 de febrero de 2.018.

Se solicitó una nulidad de actuaciones, del Auto de 16 de diciembre de 2.016, con el fin de adecuar el procedimiento a la petición de pena del escrito de conclusiones provisionales de la acusación particular, señalando la Audiencia Provincial de Badajoz en el Auto de 28 de febrero de 2.018, a continuación de la renuncia del Letrado: declara la nulidad de lo actuado desde el auto de 16-12-16 de PA.

Tras la nulidad de actuaciones, la acusación particular presentó idéntico escrito de conclusiones provisionales, ahora en un procedimiento ordinario, y el Ministerio Fiscal, con las mismas pruebas practicadas, modificó sus conclusiones provisionales, solicitando a doce años de prisión, con una inhabilitación por quince años.

Los hechos dejaron de enjuiciarse en el procedimiento abreviado 10/17, para enjuiciarse en el procedimiento ordinario 1/18, ante la Audiencia Provincial de Badajoz".

El recurrente señala que al haber renunciado a la defensa se le causa indefensión, pero no es así. Pese a la renuncia que es ex post juicio en su efectividad, hay que señalar que lo que se acuerda es la suspensión del juicio y su acomodación al procedimiento ordinario al haberse producido un grave defecto formal al haber tramitado la causa por la vía del PA en lugar de hacerlo por la del procedimiento ordinario cuando la acusación postulaba pena que debía adecuarse al sumario, y no al abreviado.

El TSJ resuelve esta cuestión expuesta en la apelación señalando que:

"Suscita el recurrente dos cuestiones de orden procesal a las que anuda la petición de nulidad del auto de Sala de 28 de febrero de 2018 (folios 240 a 242) por el que se acuerda "ex officio" adecuarse a sumario el trámite de Procedimiento Abreviado seguido hasta entonces y en base a la calificación jurídica dispuesta por la acusación particular la que, al introducir en el "factum" que parte de los hechos ejecutados lo fueron con "introducción de dedos en la vagina", hacía de aplicación el artículo 181.4 del Código Penal (castigado con pena en abstracto de 4 a diez años de prisión) -en realidad artículo 183.4, al ser la víctima menor de 16 años (pena de 8 a 12 años)- y, por ende, inadecuado el trámite seguido de Procedimiento Abreviado. Nada dice sobre esta cuestión la sentencia de instancia porque nada le fue propuesto por la ahora recurrente en el acto de la Vista o, lo que es lo mismo, se introduce este motivo de apelación "per saltum";...

Si examinamos el comienzo de la Vista (Vídeo 18 de Junio de 2019 10:37:16), por el Sr. Presidente del Tribunal se inquiere del letrado de la defensa respecto a proposición de cuestiones previas a lo que se responde que "ninguna"; de ello deriva que su introducción en la apelación se constituya como un elemento extraño sobre el que, ni el tribunal de instancia ni las restantes partes personadas, pudieron argumentar.

En cualquier caso la jurisprudencia es reiterativa en afirmar que el auto por el que se modifica el procedimiento, vincula a las partes en cuanto a los hechos imputados y en las personas responsables, pero no en las calificaciones jurídicas que el Juez formule, por cuanto el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado ni tiene por finalidad ni naturaleza la función acusatoria del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones de modo que la ausencia de determinación expresa de un delito en dicho auto no impide que pueda ser objeto de acusación, siempre que del hecho estuviese imputado cuando el acusado prestó su declaración y pudiera solicitar las oportunas diligencias sobre el mismo.

...

La referencia a las diligencias sumariales engloba específicamente tales actos (de introducción de dedos en la vagina). Y es en base a lo anterior que la acusación particular, para lo que se hallaba enteramente legitimada, los incluye en su escrito de calificación provisional. Y la imputación de tal hecho en fase sumarial se produce nítidamente en la exploración de la menor (folio 113 de la causa. Vídeo de 29-09-2016. 12:15:00 en adelante). Lo restante afecta tan solo a las normas de procedimiento que, por razón de la extensión temporal de la pena, impone el trámite de sumario y no de Procedimiento Abreviado.

Es por lo anterior que queda excluida de raíz la invocación de una pretendida "indefensión"..... si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia"; y sin duda el ahora recurrente pudo hacerlo de la forma más amplia y dilatada. La impugnación tiene por ello, a criterio de este Tribunal, un contenido más formal que material, buscando el aprovechamiento de las numerosas deficiencias en que incurre la instructora al momento de la redacción del auto de modificación del procedimiento pero que, en ningún caso, son generantes de indefensión en sentido material. Lo anterior se muestra, en cualquier caso excedentario y por cuanto, decretada la nulidad de aquella resolución (por razones de procedimiento), el subsiguiente auto de procesamiento de 30 de abril de 2018 (folio 283 y 284) no resulta recurrido; cualquier defecto precedente íntegramente asumido por decisión de la propia defensa".

Pues bien, habiéndose suscitado los extremos en diligencias sumariales en relación a lo que se refiere a la acusación particular y que le permite sostener acusación por pena que lleva el procedimiento a los trámites del sumario lo resuelto por la Audiencia en cuestiones previas es correcto en orden a permitir la acomodación procedimental a lo que constituía el objeto de la mayor de las acusaciones, ya que no se podía "hurtar" a la acusación particular a calificar los hechos en base a lo que había constituido el debate respecto a cómo estos sucedieron, por lo que la decisión de la Sala fue correcta. Y, además, como bien señala el Fiscal, no ha existido indefensión para el recurrente, porque su abogado defensor estuvo presente en la vista en la que se acordó la suspensión y la acomodación del procedimiento a los trámites del Sumario ordinario. La resolución del Tribunal en cuanto al Abogado Defensor fue suspender el juicio. No aceptó (ni podía aceptar, porque no le corresponde) la renuncia del Abogado del acusado. El Abogado del recurrente estuvo presente en la vista en la que se pidió (también por su parte) la suspensión del juicio, y conoció la resolución adoptada, así como también la conoció su cliente. La resolución de acomodación del procedimiento no fue impugnada ni en ese momento, ni posteriormente por el nuevo Abogado, ni en el acto del siguiente juicio oral.

En este caso no se trata de que hubiera habido una renuncia, sino que el procedimiento se suspendió con independencia de que se pueda solicitar al acusado una nueva designación, pero en este caso se trata de

suspensión del juicio no determinante de indefensión material, porque esta no se produce, ya que no concurre la misma en una decisión de acomodación procedimental al apreciarse error en cuanto el procedimiento seguido y el veto impuesto a la acusación que no podía sostener pena que había postulado dado el estado procedimental en el que se encuentra la sala el procedimiento.

Lo acordado es lo que supone otorgar la tutela judicial efectiva y no privar de su derecho a la acusación, sin que ello contravenga el derecho de defensa del acusado, que con esta acomodación no ha perdido, ni ha sido perjudicado, en su derecho de defensa. Pudo defenderse y lo hizo de la acusación contra él formulada.

No puede suponer una acomodación de procedimiento una indefensión material para la defensa del acusado, ya que la renuncia al letrado se verifica al margen o ex post a la decisión de suspensión para que se proceda a la nueva designación.

En la sentencia del Tribunal Supremo 400/2021 de 12 May. 2021, Rec. 10782/2020 señalamos que: "lo que nunca cabría es que el Fiscal acusara por delito que excede del trámite del abreviado, ni, por ello, aunque en el juicio se acreditara que concurrían los elementos del tipo del art. 183.2 CP la Audiencia condenara por delito que no ha sido objeto de acusación, porque procesalmente era inviable al seguirse el trámite del procedimiento abreviado.

El auto que acuerda la acomodación de las diligencias al trámite del procedimiento abreviado cumple funciones de garantía jurisdiccional, pero no de acusación. El auto supone un juicio de racionalidad sobre la existencia de motivos bastantes para el enjuiciamiento, supliendo de esta manera en el proceso abreviado la falta del auto de procesamiento del proceso ordinario, pero no tiene como éste naturaleza inculpatoria ni tiene el alcance de conformar positivamente los términos fácticos y jurídicos del plenario, pues esto es función de las acusaciones. La doctrina del TC se ha mostrado siempre contraria a las iniciativas judiciales inculpatorias mediante juicios positivos de imputación reiterando la función del instructor de supervisión y control de las acusaciones a través de juicios negativos.

Por ello si el juez de instrucción en el auto de transformación a procedimiento abreviado, o en el posterior de apertura del juicio oral omite, sin acordar expresamente el sobreseimiento por un delito por el que una de las partes acusadoras pretendía formular acusación, ello no vincula al órgano de enjuiciamiento que deberá celebrar el juicio oral respecto de todos los hechos con sus calificaciones, contenidos en los escritos de acusación, pero si en el auto de transformación el instructor incluye determinados delitos y sobresee expresamente respecto de otros, contra esta exclusión que si adquiere firmeza impedirá a la parte sostener acusación en la posterior fase del juicio oral, sí podrá interponer los pertinentes recursos contra esa parte del auto que acordó ese "sobreseimiento".

... por lo que el recurso de casación tiene que ser estimado, en tanto en cuanto se permite la transformación de las diligencias previas en sumario ordinario y continuar el cauce procesal en la viabilidad que postula en este caso el ministerio fiscal, dada la imposibilidad de formular acusación que postula el Fiscal si se transforman las diligencias previas en procedimiento abreviado. Y todo ello sin establecer juicios apriorísticos sobre el empleo o no de la violencia en el presente caso, sino tratándose de una cuestión puramente de orden procesal."

En este sentido, tramitar la causa por la vía del procedimiento abreviado cuando la acusación pretende sostener una calificación que debe tramitarse por el sumario supone aplicar la tesis del "sobreseimiento encubierto" respecto a esa calificación jurídica, por lo que la nulidad acordada y retroacción supone restablecer el orden procesal vulnerado, sin que ello provoque indefensión material alguna, que es la determinante de la verdadera indefensión con capacidad para tener virtualidad en la queja casacional. Y, como señala el TSJ, el procedimiento se acomodó al sumario sin mayores vicisitudes ni alegatos al respecto, por lo que la indefensión que se predica, incluso fue renunciada tácitamente. Hubo acusación por el Fiscal interesando la pena de 12 años de prisión y 15 la acusación particular pudiendo la defensa proponer las pruebas que estimó por convenientes.

Respecto a la alegada indefensión material hemos precisado en sentencia del Tribunal Supremo 821/2016 de 2 Nov. 2016, Rec. 733/2016 que:

"La doctrina constitucional (SSTC. 25/2011, de 14 de marzo y 62/2009 de 9 de marzo, entre otras muchas) recuerda que la indefensión constituye una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales.

Es decir que "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (STC 185/2003, de 27 de octubre; y STC 164/2005 de 20 de junio).

Por su parte la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea enumera los derechos básicos que la Unión ha de respetar, así como los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, y constituye un instrumento jurídicamente vinculante, elaborado para reconocer formalmente y dar visibilidad al papel que

desempeñan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión. En su artículo 48 2º " garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa".

El artículo 3 1 de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales, establece expresamente que "Los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva".

Esta referencia a la efectividad del derecho de defensa pone de relieve que los órganos jurisdiccionales no solo deben velar por el cumplimiento formal de una serie de reglas procedimentales, sino que están obligados a garantizar la efectividad práctica del derecho. Como ha señalado el TEDH no basta con que exista un reconocimiento formal del derecho de defensa, sino que debe velarse porque el mismo constituya una garantía real y efectiva (casos Artico y Pakelli).

Es claro que la efectividad del derecho de defensa requiere, al menos y entre otras garantías que ahora no son relevantes, una posibilidad de comunicación entre el acusado y su letrado, que permita a aquel conocer el contenido de la acusación que se formula contra a él y de las pruebas presentadas en su contra, y poder proporcionar a su abogado los instrumentos necesarios para que éste pueda articular su defensa, incluido el conocimiento de las pruebas que puede proponer a estos efectos."

Aplicando esta doctrina al caso actual procede la desestimación del motivo, ya que el acusado dispuso de una defensa efectiva, debido a que al momento de la decisión del tribunal que anuló la vía del procedimiento abreviado lo fue en cuanto a la suspensión del juicio estando presente la defensa, pese a lo cual su renuncia no tenía efectividad formal, sino después de lo acordado, y pese a lo cual es consentido en cuanto al trámite seguido. El acusado pudo ejercer su derecho de defensa en toda su extensión, y cuando se hubiera producido la indefensión lo hubiera sido si se hubiera producido un sobreseimiento encubierto respecto de la acusación particular por la vía de una indebida fijación del procedimiento que le hubiera impedido mantener la acusación que finalmente sostuvo.

El motivo se desestima.

Tercero.

2.- Al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

El recurrente señala los informes psicológicos y el informe médico forense, así como la grabación de la vista oral y las declaraciones de Dª Estela y de Don Gustavo, argumentando en contra de los informes periciales con base en las declaraciones mencionadas, y criticando la calidad técnica de esos informes.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. pueda prosperar los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con intermediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter

de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

Como ya hemos expuesto en otras resoluciones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 182/2000 de 8 Feb. 2000, Rec. 404/1999) la propia relevancia de los dictámenes periciales, justifica la consolidada doctrina de la Sala relativa a la excepcionalidad de los mismos para entenderlos incluibles en el apartado segundo del artículo 849, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

a) La existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos; y

b) Dándose lo anterior, tratándose de hechos relevantes en relación con los efectos jurídicos pretendidos por las partes, siempre que el Tribunal haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ello. Concurriendo los requisitos anteriores la prueba pericial debe ser incluida en el supuesto del artículo 849.2 (también S.T.S. de 22/11/1999).

Lo que habrá que valorar es si los informes periciales que se invocan han sido contrarrestados por otros medios probatorios que han llevado a la convicción del Tribunal de que el relato de hechos se evidencia y desprende de la prueba practicada, y que ésta queda debidamente explicada en contradicción a los documentos que como pericial refiere la parte recurrente.

Por ello, no pueden admitirse las referencias del recurrente a las declaraciones de testigos ni a la grabación para fundar el motivo y pretender alterar la valoración de la prueba ex documentos literosuficientes que no lo son los que refiere.

Respecto de la pericial se recoge en la sentencia que existe un completísimo informe pericial de la clínica forense considerando que la declaración de la menor es creíble.

Se fija en la sentencia que "Se describe en el informe que la niña describe los hechos tal y como sucedieron en la realidad sin alteraciones y sin intereses secundarios. Además refiere que no existen influencias internas para denunciar en falso sino todo lo contrario. Se añade que este informe fue verificado por la perito psicóloga Zulima que llega a las mismas conclusiones con diferencias no significativas a los folios 78 y 79 y que fue ampliado aclarado y ratificado en el plenario. Se añade a esta prueba pericial el informe psicológico realizada por la perito PS NUM003 del Instituto de medicina legal que está en los folios 152 a 154 que lleva a concluir que en el análisis del testimonio cumple los criterios SVA y es probablemente creíble. Este informe es ratificado por la psicóloga del citado centro del Instituto de medicina legal de Badajoz señora Florinda al folio 334 igualmente en el plenario."

En este sentido, el recurrente se queja de que no se han seguido los criterios del método SVA sobre el que esta Sala ya se ha pronunciado con detalle en la sentencia del Tribunal Supremo 290/2020 de 10 Jun. 2020, Rec. 3489/2018, pero esta queja no tiene cabida en el cauce del art. 849.2 LECRIM.

Lo que lleva a cabo el recurrente es una queja de la valoración de la prueba pericial efectuada por el tribunal, lo que no tiene cabida en el estrecho marco del art. 849.2 LECRIM, y sobre estos parámetros de queja el motivo es inviable.

El motivo se desestima.

Cuarto.

Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado Miguel , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de fecha 12 de diciembre de 2019, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por indicado acusado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, de fecha 27 de junio de 2019. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Susana Polo García Leopoldo Puente Segura

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.