

Roj: **STS 3664/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3664**Id Cendoj: **28079120012016100662**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/07/2016**Nº de Recurso: **197/2016**Nº de Resolución: **653/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP A 2925/2015,**  
**STS 3664/2016**

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 lo siguiente

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **197/2016** interpuesto por **Carlos Antonio** representado por el Procurador Sr. Noguera Chaparro, bajo la dirección letrada de D. David López Ávila contra la Sentencia de fecha 16 de octubre de 2015, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante que condenó al recurrente por un delito de agresión sexual. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

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

**I. ANTECEDENTES**

**1.-** El Juzgado de Instrucción núm. Uno de Elda (Alicante) instruyó Procedimiento Ordinario nº 6/2014 dimanante del Sumario 1/2014, contra Carlos Antonio . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Tercera) que con fecha dieciséis de octubre de dos mil quince dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<< Son -y así expresa y terminantemente se declaran- los siguientes:

**PRIMERO.-** El procesado, Carlos Antonio , nacido el NUM000 de 1975 y sin antecedentes penales, sobre las 20:00 horas del día 6 de abril de 2013 abordó a la menor Belinda , nacida el día NUM001 , cuando se hallaba en la parada de bus de la salida del Guirney de Petrer, esperando un autobús para trasladarse a Sax, proponiéndole llevarla él en su camión que tenía estacionado en las inmediaciones, a lo que se negó ella. Belinda , al comprobar que el autobús no venía, comenzó a caminar hacia la gasolinera cercana, a fin de llamar a algún familiar para que la recogiera, dado que su móvil se había quedado sin batería, momento aprovechado por el acusado para agarrarle por el brazo, llevándola hacia adelante en dirección a su camión, sintiéndose Belinda atemorizada por ello.

Al llegar al lugar en que se encontraba estacionado el camión, el procesado le dijo a Belinda que subiera al camión y al negarse ella, él insistió llegando a cogerla con fuerza por la cintura para subirla, cerrando después el camión. Inmediatamente después empezó a tocar a la menor, subiendo la mano hacia sus zonas íntimas, apartándole ella la mano y empezando a patear, e incluso dar algunos golpes con sus manos al acusado, pero él, al comprobar que no había nadie, prosiguió con sus tocamientos.



Acto seguido, le tocó el pecho metiéndole la mano por el interior de la camiseta y le introdujo los dedos en la vagina tratando ella todo el tiempo de impedirlo apartándole la mano e insistiendo una y otra vez en que la dejara marchar. Él hizo caso omiso de sus palabras y lejos de detenerse en su acción, la penetró vaginalmente con su miembro viril llegando a eyacular.

El acusado, una vez finalizó, condujo el camión hasta Bassa El Moro, donde dejó a la menor.

Durante la ejecución de los hechos el acusado le dio dos bofetones a la menor.

SEGUNDO.- Belinda presenta un coeficiente intelectual de 83 (Bordeline 68-85), con una capacidad intelectual límite, lo que supone facilidad para ser sugestionada e influenciada. Quienes poseen esta capacidad se encuentran mediatizados en situaciones complejas ya que sus recursos se ven desbordados y su capacidad adaptativa, intelectual y volitiva se encuentran limitadas.

TERCERO.- La menor, a causa de los hechos, sufrió trastorno por estrés postraumático como recuerdos desagradables y recurrentes del suceso, sueños desagradables, pesadillas y dificultad para dormir sola. Los médicos Forenses dictaminaron que dicho estrés se estabilizaría en 30 días, valorándose la secuela en su grado medio.

CUARTO.- Belinda fue declarada en desamparo en Resolución de la Consellería de Bienestar Social de 14 de mayo de 2014, asumiendo su tutela la Dirección Territorial de Alicante.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS: Que debemos condenar y CONDENAMOS al acusado en esta causa Carlos Antonio , como autor responsable de un delito de agresión sexual ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOCE AÑOS de prisión, privación del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, así como prohibición de aproximarse a Belinda a una distancia inferior a 400 mts, así como a su domicilio, lugar de trabajo u otros sitios que frecuente, y comunicar con ella por cualquier medio, y todo ello por tiempo de diecinueve años, y pago de costas procesales, debiendo indemnizar a Belinda en 10.000 € por lesiones, secuelas y daño moral.

Abonamos a dicho acusado todo el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad.

Notifíquese esta resolución conforme a lo establecido en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 15.4 de la Ley 35/95, de 11 de diciembre a la víctima del delito>>.

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

Motivos aducidos en nombre de Carlos Antonio .

**Motivo primero** .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, del derecho a un procedimiento con todas las garantías en relación con la obligación de motivar las sentencias, al amparo de lo establecido en el art. 120.3 y 24.1 y 2 en relación con el art. 9.3 de la CE . **Motivo segundo** .-Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de presunción de inocencia, al amparo de lo establecido en el art. 24.1 y 2 CE con base en lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ . **Motivo tercero** .- Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim por infracción de precepto penal sustantivo por indebida aplicación de los arts. 178 , 179 y 180.3 CP al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim . **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim por infracción de precepto penal sustantivo por indebida aplicación del art. 109 y ss en relación con el art. 1902 CC . **Motivo quinto** .- Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim por considerar que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos. **Motivo sexto** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por considerar que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos. **Motivo séptimo** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por considerar que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos. **Motivo octavo** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por considerar que existe error de hecho en la apreciación de la prueba.





4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, **impugnando todos los motivos del recurso** ; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día veintiocho de junio de dos mil dieciséis.

6.- El original de la sentencia redactado por el ponente se pasó para su firma por el resto de integrantes de la Sala en fecha 11 de julio.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primero de los motivos del recurso busca cobijo en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva denunciando insuficiencia en la **motivación fáctica** de la sentencia. Tras una correcta exposición de lo que significa el deber de motivación de las sentencias y su vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva tantas veces resaltada por la jurisprudencia constitucional, el recurso desciende al supuesto concreto reprochando al Tribunal de instancia que no se haya ajustado a los cánones marcados por TC y TS en esa materia.

La denuncia por la falta de valoración de determinadas pruebas (hay que valorar  **toda** la prueba) se distingue de la falta de contestación por la sentencia de manera expresa a todos y cada uno de los argumentos de tipo probatorio que pudieron haber vertido las partes (lo que no es indispensable). Cada una de esas vertientes, entremezcladas en el argumentario del recurrente, presenta connotaciones diferentes.

La sentencia, en una lectura aislada y emancipada de su marco procesal, se presenta como bien motivada. Su primer fundamento de derecho desmenuza la prueba de cargo nuclear que sustenta su convicción: las declaraciones de la menor. Considera que han sido persistentes. Desecha por despreciables o por ser fruto de eventuales malentendidos las variaciones. Se detiene asimismo en los elementos corroboradores que avalarían su veracidad, fundamentalmente las pruebas de ADN, así como un eritema en una mejilla; y descarta la eventualidad de móviles espurios que no alcanza a adivinar en quien no conocía de nada al procesado. Se atiende así al triple test (persistencia, corroboración, ausencia de móviles espurios) tantas veces evocado en la jurisprudencia de esta Sala.

El fundamento de derecho segundo se entretiene en refutar los argumentos de la defensa, (aparentes contradicciones o puntos incoherentes) al tiempo que destaca la compatibilidad de algunos de los extremos de la versión defensiva con la realidad de los hechos (supuesto consumo de cannabis por la menor; tardanza en denunciar; inexistencia de lesiones en la zona genital; el hecho de que el acusado le dejase cargar el móvil en el camión...).

La inicial impresión sobre la autosuficiencia motivadora de la resolución se cuarteja y resquebraja, sin embargo, al enfrentarla a las alegaciones del recurrente y su apoyo en el material probatorio acopiado. Se constata la presencia de elementos probatorios sólidos que aportaban información de cierta calidad, y revelaban grietas y fisuras de fuste en las manifestaciones de la menor sobre los que la Sala ha pasado como *de puntillas* . Reclamaban esos elementos mayor esfuerzo analítico desde la perspectiva de duda metódica, punto de partida imperativo de las tareas de valoración de la prueba en el proceso penal. Asimismo ha orillado algunas objeciones importantes que despierta el relato algo cambiante de la menor, repetido varias veces y en diversos escenarios (policía, hospital, juzgado, entrevistas psicológicas, juicio oral): Esas divergencias no son señal de incredulidad necesariamente; pero hay puntos que reclaman cierta explicación. La persistencia se ha valorado respecto de las declaraciones ante policía, juez de instrucción y Tribunal, pero no en relación a otras manifestaciones -entrevistas con psicólogos; relato inicial en el Hospital-.

En el fondo y desde esta óptica este primer motivo acaba convertido en un preámbulo o complemento del motivo por presunción de inocencia. Y es que existen lazos entre ambos derechos fundamentales: tutela judicial efectiva y presunción de inocencia. Es más, buena parte de los motivos que cierran el recurso (todos los apoyados en el art. 849. 2º LECrim ) constituyen en un último término mero refuerzo de esa argumentación integral que quiere arribar a una común conclusión: que en este caso la declaración de la víctima era prueba insuficiente. Ninguno de esos postreros motivos, como argumenta cumplidamente el informe del Fiscal, se atienen a las estrictas reglas del art 849.2º LECrim . Traeremos a la discusión sobre presunción de inocencia alguno de sus argumentos agrupando el conjunto de alegatos que el recurso distribuye en ocho motivos diferentes, de los cuales solo dos fueron canalizados por el art. 849.1º LECrim . Éstos tendrían cierta autonomía pero en todo caso muy dependiente del resto: solo podrían prosperar si se estimasen en algún punto los relacionados con la valoración probatoria.





**SEGUNDO.-** El **deber de motivación fáctica** exige, entre otras cosas, razonar de forma que pueda comprobarse que se ha valorado racionalmente **toda** la prueba. Esta faceta en abstracto guarda una relación más bien lejana con el derecho a la presunción de inocencia. Pero no es siempre totalmente deslindable: en alguna medida conecta con la necesidad de refutar las hipótesis alternativas a la inculpatoria aducidas, que puedan ser, al menos, igualmente probables de forma que despojen de carácter concluyente a la prueba de cargo, lo que sí es contenido de la presunción de inocencia.

El recurrente de una u otra forma denuncia que no se ha otorgado el debido peso a algunas pruebas de descargo o elementos que debilitarían poderosamente el testimonio de la víctima hasta convertirlo en insuficiente o demasiado frágil para desmontar la presunción constitucional de inocencia.

La necesidad de valorar **toda** la prueba, no implicará siempre que deban citarse en la sentencia **todas y cada una de las pruebas**, incluidas aquellas accesorias o marginales. Tampoco obliga a detallar uno por uno cada elemento probatorio. Es técnica no indefectiblemente reprochable, omitir toda mención de alguna prueba de descargo compatible con la inculpatoria que avale inequívocamente la culpabilidad; o que ha quedado ya descalificada sin necesidad de mayores apreciaciones por la prueba inculpativa.

Pero cuando los elementos de descargo arrojan una calidad informativa relevante que no queda sin más descartada por la valoración de la prueba de cargo o por su apabullante fuerza demostrativa, y, además, sugieren objeciones de peso en la hipótesis inculpativa que conducirían de forma inexorable a conclusiones distintas, se hace imprescindible una explicitación de las razones por las que no se consideran concluyentes ( SSTS 1228/2006, de 12 diciembre y 503/2011, de 25 mayo ).

La sentencia adolece de esa deficiencia (silencio o simple mención descalificadora de algunos elementos relevantes exculpativos) en términos, que impulsan a analizar conjuntamente las alegaciones del recurrente en los dos primeros motivos y parcialmente en algunos de los motivos posteriores, para testar si la declaración de la víctima puede ser *in casu* prueba suficiente, desde la perspectiva de la presunción de inocencia.

**TERCERO.-** El derecho a la **presunción de inocencia** según doctrina del Tribunal Constitucional -entre otras, STC 68/2010, de 18 de octubre -, aparece configurado como regla de juicio que repele una condena sin apoyo en pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Se viola tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o cuando no se motiva el resultado de su valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo seguido. (Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, sentencias del mismo Tribunal 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio - Fundamento Jurídico Sexto a -), 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a -) ó 16/2012, de 13 de febrero ). Así pues, se vulnera la presunción de inocencia cuando haya recaído condena: **a)** sin pruebas de cargo; **b)** con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; **c)** con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías; **d)** sin motivar la convicción probatoria; **e)** sobre la base de pruebas insuficientes; o **f)** sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente.

Esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos. Aquí el punto controvertido es uno: ¿consintió la denunciante?

De esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aun conscientes de que no son compartimentos estancos: hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- el recurrente vertebra su queja sobre lo que considera **insuficiencia de prueba en relación a ese punto, por no ser razonable ni estar cumplidamente e integralmente razonada su base probatoria**.

La argumentación del primero de los motivos contiene consideraciones que se articulan en torno a la ausencia de motivación integral (de toda la prueba) convincente y concluyente (es decir con refutación sólida de la versión exculpativa alegada). La vinculación de ese aspecto con la presunción de inocencia es menos directa, más tangencial. La ausencia o insuficiencia de motivación puede ser esencial -material, por así decir-, esto es, manifestación de la imposibilidad de fundar la convicción en el cuadro probatorio desplegado; o predominantemente formal, es decir muestra del incumplimiento de un deber constitucional exigible a quienes ejercen tareas jurisdiccionales anclado en el derecho a la tutela judicial efectiva ( arts. 120 y 24 CE ). En el primer caso, menos frecuente, podríamos hablar, advirtiendo del riesgo de una excesiva conceptualización demasiado formal y por tanto empobrecedora, de **inmotivabilidad**. Nos moveríamos en el terreno de la presunción de inocencia. La insuficiencia de la motivación no sería mas que la manifestación externa de la insuficiencia de la prueba. La casación de la sentencia abrirá paso a un pronunciamiento absolutorio. En el segundo caso - deficiencias en la plasmación de la motivación fáctica en la literatura de la sentencia- la respuesta no podrá ser tan drástica: se impondrá la anulación de la sentencia para que el defecto sea subsanado, única manera de





comprobar si se trata de un supuesto de ausencia de prueba suficiente; o por el contrario existe probanza apta para destruir la presunción de inocencia pero presentada con un déficit de motivación que debe ser subsanado.

Aquí nos podemos situar en el primer plano.

**CUARTO.-** El clásico estándar *certeza más allá de toda duda razonable* (vid. art. 600 del Proyecto de ALECrím de 2011) viene referido al Tribunal de instancia ( STS 584/2014, de 17 de junio ). El órgano de casación, que no ha presenciado la prueba, no ha de preguntarse si él mismo alcanza ese grado de certidumbre. Tan solo debe verificar que la certeza plasmada en la sentencia de la Audiencia Provincial está exenta de toda vacilación (principio *in dubio* en su aspecto normativo) y se edifica sobre un conjunto probatorio suficientemente sólido.

No cabe en casación -lo recuerda el bien armado informe del Fiscal- revalorar íntegramente una prueba no presenciada para preguntarnos si participamos personalmente de la convicción reflejada en la sentencia, o si, por el contrario, subsiste alguna duda en nuestro ánimo. El mandato de absolucón en caso de duda (*in dubio*) no se dirige al Tribunal de casación: quien debe dudar para que proceda la absolucón es el juez en la instancia o, con algún matiz, en la apelación. La jurisprudencia, no obstante, viene hablando últimamente de casos en que podría afirmarse "objetivamente" que el Tribunal *debió dudar* ( STS 991/2014, de 4 de junio ) acuñándose una suerte de "incertidumbre objetiva" que convertiría en insuficiente la certeza subjetiva del juzgador basada en prueba objetivamente de cargo ( STS 794/2014, de 4 de diciembre ).

Por mucho que se hayan ensanchado los antaño angostos cauces casacionales de la mano de la presunción de inocencia y, también, como legítimo paliativo a un déficit de nuestro ordenamiento procesal penal -la inexistencia de una plena doble instancia ya corregido aunque solo respecto a procedimientos incoados después del pasado 6 de diciembre, la casación ha mantenido su condición de recurso extraordinario, esencialmente diferente a la clásica apelación. El Tribunal de casación ha de ser cuidadoso para no invadir las competencias del Tribunal de Instancia subvirtiendo el reparto de espacios funcionales trazado por el legislador; pero, al mismo tiempo, no puede abdicar de su responsabilidad para dispensar tutela judicial *efectiva* -en el sentido constitucional- a quien acude a tal órgano jurisdiccional.

Hemos de auto-restringirnos para no usurpar atribuciones -valoración de la prueba- que el legislador ha residenciado en los tribunales de instancia. No somos nosotros -y seguimos el guión argumental introductorio de la referida STS 794/2014 - los llamados a alcanzar una certeza más allá de toda duda razonable: solo nos corresponde comprobar si el tribunal de instancia la ha obtenido de forma legalmente adecuada y respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia. Esto último reclama que su convicción sea "compartible" objetivamente, aunque pueda no ser "compartida" concretamente. Por eso no basta para anular una sentencia esgrimir alguna discrepancia en los criterios de valoración de la prueba con el Tribunal de instancia -eso, ni siquiera nos corresponde planteárnoslo-. Solo debemos sopesar si en el *iter* discursivo recorrido por el Tribunal desde el material probatorio a la convicción de culpabilidad existe alguna quiebra lógica saltos en el vacío o algún déficit no asumible racionalmente, o si el acervo probatorio examinado conjuntamente y no sesgado (**es decir, toda** la prueba). no es concluyente, y, por tanto, es constitucionalmente insuficiente para sustentar una declaración de culpabilidad.

Ciertamente hay que eludir la tentación de convertir una divergencia valorativa de la prueba en causal de casación. Pero al tiempo se impone buscar el equilibrio deseable para, no cercenar indebidamente al socaire de esa disculpa el juego que en la casación corresponde a dos derechos fundamentales de primer orden como son la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia, con el señuelo de esa premisa. En ese territorio intermedio, de difícil acotación, nos movemos en este asunto, como en muchos otros similares. No en vano la presunción de inocencia se ha convertido en el más frecuente motivo de casación.

No impone la presunción de inocencia la exigencia de que las pruebas sean aptas para convencer de la culpabilidad a todo observador imparcial externo. La presunción de inocencia es compatible con que una misma actividad probatoria sea capaz de generar conclusiones divergentes en jueces igualmente imparciales.

Al introducir un juicio de *racionalidad* dentro del margen de fiscalización que se habilita desde la presunción de inocencia se crean puntos de confluencia con el derecho a la tutela judicial efectiva desde el momento en que es exigencia anudada a ella que la respuesta jurisdiccional sea racional y rigurosamente razonada. La "suficiencia" de la prueba evidenciada por la motivación coherente y sin fisuras del Tribunal es uno de los perfiles de la presunción de inocencia de contornos más vaporosos. No por ello podemos prescindir del juicio que debe hacerse desde él.

En principio, sentada la suficiencia en abstracto de la prueba y el ajuste a parámetros de lógica de la forma de deducir y razonar del Tribunal de instancia, el debate sobre la credibilidad mayor o menor de unos medios de prueba frente a otros, la interrelación entre todos ellos, el contraste entre la proclamada inocencia del acusado





y los elementos de prueba testificales o de otro signo que apuntan en dirección contraria, queda agotado en la instancia y no puede reproducirse en casación.

Los intentos del recurrente de reabrir ese debate han de rechazarse: no se compadecen con la naturaleza del recurso de casación. Pero su queja no se agota ahí; va más allá: la prueba sería *objetivamente* insuficiente por la escasa consistencia y coherencia del testimonio en valoración avalada por un dictamen pericial psicológico que sugiere algo más que *curiosidad* y algunas máximas de experiencia. Ahí estamos obligados a profundizar sobre todo desde el momento en que apreciamos déficits en la motivación fáctica, no porque no se funde la condena, sino por el laconismo y avaricia discursiva con que se despachan algunos elementos de descargo, tanto argumentales como probatorios, relevantes (el último informe psicológico es uno de ellos).

**QUINTO.-** La prueba de cargo esencial es la testifical de la menor. Adolece de incongruencias, titubeos o elementos colaterales contradictorios que impiden considerarla suficiente para soportar la convicción de culpabilidad.

Punto de partida de nuestro razonamiento ha de ser el recordatorio de la posibilidad de que una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima, desactive la presunción de inocencia.

El clásico axioma *testis unus, testis nullus* ha sido felizmente erradicado del moderno proceso penal ( STS 584/2014 ). Ese abandono ni debe evaluarse como relajación del rigor con que debe examinarse la prueba, ni supone una debilitación del *in dubio*. Es secuela y consecuencia de la inconveniencia de encorsetar la valoración probatoria en rígidos moldes legales distintos de las máximas de experiencia y reglas de la lógica.

El hecho de que la prueba esencial fundante de la condena sea básicamente un testimonio, el de la víctima, es compatible con la presunción de inocencia. Están superadas épocas en que se desdeñaba esa prueba única (*testimonium unius non valet*), considerándola insuficiente por vía de premisa; es decir en abstracto, no como conclusión emanada de la valoración libre y racional de un Tribunal, sino por "imperativo legal". Esta evolución histórica no es fruto de concesiones a un defensismo a ultranza o a unas ansias sociales de seguridad a las que repelería la impunidad de algunos delitos en que es frecuente que solo concorra un testigo directo. No es eso coartada para degradar la presunción de inocencia.

La derogación de la regla legal probatoria aludida obedece al encumbramiento del sistema de valoración racional de la prueba y no a un pragmatismo defensivo que obligase a excepcionar o modular principios esenciales para ahuyentar el fantasma de la impunidad de algunas formas delictivas.

La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible apoyar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. No basta "creérselo", es necesario explicar por qué es objetiva y racionalmente creíble; y por qué de ese testimonio se puede seguir una certeza con solidez suficiente para no tambalearse ante otros medios de prueba contradictorios.

En los casos de "declaración contra declaración" (es preciso apostillar que normalmente no aparecen esos supuestos de forma pura y desnuda, es decir huérfanos de todo elemento periférico), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda y convincente respecto de la credibilidad de quien acusa frente a quien proclama su inocencia; así como un cuidadoso examen -que no se hace a fondo en la sentencia- de los elementos que podrán abonar la incredibilidad del testigo de cargo. Cuando una condena se basa esencialmente en un único testimonio ha de redoblarse el esfuerzo de motivación fáctica. Así lo sostiene nuestra jurisprudencia en sintonía con muchos otros Tribunales de nuestro entorno (por todos, doctrina del BGH alemán).

No es de recibo un discurso que basase la necesidad de aceptar esa prueba única en un riesgo de impunidad como se insinúa en ocasiones al abordar delitos de la naturaleza del aquí enjuiciado en que habitualmente el único testigo directo es la víctima. Esto recordaría los llamados *delicta excepta*, y la inasumible máxima "*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudice iura transgredi*" (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado "ninguna prueba", la menor conjetura basta para penar al acusado). Contra ella lanzaron aceradas y justificadas críticas los penalistas de la Ilustración. La aceptación de ese aserto aniquilaría las bases mismas de la presunción de inocencia como tal. Una añeja Sentencia del TS americano de finales del siglo XIX, famosa por analizar por primera vez en tal sede la presunción de inocencia -caso *Coffin v. United States* -, evocaba un suceso de la civilización romana que es pertinente recordar. Cuando el acusador espetó al Emperador "... si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?"; se encontró con esta sensata réplica: "*Y si fuese suficiente con acusar, qué le sobrevendría a los inocentes?*" ( STS 794/2014 ).





**SEXTO.-** La testifical de la víctima, así pues, puede ser prueba suficiente para condenar si va revestida de una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio. En ese contexto encaja bien el aludido triple test que establece la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del **testigo víctima** -persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores, ausencia de motivos de incredibilidad diferentes a la propia acción delictiva-. No se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar. Eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal". Ni, tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, *ex lege*, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena.

Ni lo uno, ni lo otro.

Es posible que no se confiara capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su identificación en una rueda v.gr.), pese a que ha sido persistente, cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla y no se detecta ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es imaginable una sentencia condenatoria basada esencialmente en la declaración de la víctima ayuna de elementos corroboradores de cierta calidad, fluctuante por alteraciones en las sucesivas declaraciones; y protagonizada por quien albergaba animadversión frente al acusado. Si el Tribunal analiza cada uno de esos datos y justifica por qué, pese a ellos, no subsisten dudas sobre la realidad de los hechos y su autoría, la condena será legítima constitucionalmente. Aunque no es frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor.

La sentencia utiliza como sistemática esa triple evaluación en su motivación fáctica. No encuentra la Audiencia una explicación plausible de las acusaciones de la víctima distinta de su realidad. Las manifestaciones han merecido crédito al Tribunal que explica el porqué de su convicción. En lo más sustancial son persistentes. Cuentan con algunos elementos corroboradores (informes periciales, declaraciones de familiares, prueba de ADN). Se descarta que fuese alentada por móviles espurios, pues no existían relaciones previas.

**SÉPTIMO.-** A pesar de esas valoraciones genéricas se identifican tales quiebras lógicas y *agujeros* en las declaraciones de Belinda que las convierten en insuficientes, por su debilidad objetiva, para generar la exigible *certeza más allá de toda duda razonable*. Un testimonio único plagado tanto de incoherencias internas, como de incidencias previas y posteriores que parecen contradecir máximas de experiencia, no es apto para desmontar la presunción constitucional de inocencia.

La STS 815/2013, de 5 de noviembre explica que, cuando en cada uno de los tres parámetros clásicos utilizados para testar la credibilidad de las declaraciones de la víctima aparecen deficiencias, ha de concluirse en su inhabilidad en general para derrotar a la presunción de inocencia. Las fisuras que se perciben en el testimonio de la víctima no acaban de ser cerradas pese al esfuerzo argumental de la Audiencia que, no obstante, frente a algunas pruebas o argumentos se ve abocada a optar por el silencio, a ignorarlas pura y simplemente.

Dice a este respecto la citada STS 815/2013 analizando el testimonio de una persona con deficiencias psíquicas (también presentes aquí, aunque en una medida mucho menor) en un caso de abusos sexuales:

*"El Tribunal sentenciador estima que estas contradicciones pueden deberse a la propia debilidad mental de la joven y a sus dificultades de comunicación por la sordera que padece, por lo que no descarta su veracidad y opta por considerar probado lo que constituye el mínimo común a todas las declaraciones, es decir que la joven mantuvo al menos alguna relación sexual con el acusado.*

*Pero esta conclusión no puede ser admitida desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Desde esta perspectiva no puede partirse de que la acusación es cierta, el acusado culpable y **las contradicciones del único testigo de cargo deben salvarse o explicarse a toda costa, sino que es necesario desvirtuar la inocencia con una declaración firme, consistente y sin fisuras. Es cierto que dicha consistencia es más difícil con personas que padecen una deficiencia física o mental, pero en tal caso es necesaria la concurrencia de otras pruebas que avalen dicha declaración, que en sí misma y por su procedencia suele ser poco consistente, o al menos deben concurrir elementos objetivos de corroboración que compensen el escaso poder de convicción de la declaración de la incapaz.***

*La falta de persistencia de la acusación y la concurrencia de graves contradicciones en la declaración de la presunta víctima, que proporciona versiones de los hechos imprecisas y vacilantes, con cambios sustanciales que alteran profundamente el relato, no puede resolverse, contra reo, declarando probado algunos de los elementos de la narración por el simple hecho de que, como mínimo común denominador, se encuentren presentes en todas las versiones, pues es éste elemento común el que queda debilitado y desvirtuado por la inconsistencia de los elementos circunstanciales que contextualizan la supuesta acción delictiva y que cambian*





*en cada una de las versiones de los hechos que va proporcionando la supuesta víctima. **El derecho constitucional a la presunción de inocencia no puede quedar desvirtuado por una prueba tan débil.***

*Desde la perspectiva de la credibilidad subjetiva nos encontramos con el mismo problema.*

*En primer lugar las deficiencias síquicas y físicas de la joven debilitan sustancialmente la validez de su declaración. Ha de recordarse que esta declaración ni siquiera puede ser calificada, en sentido propio, de testimonio de cargo, pues la incapacidad mental de la joven impide la prestación de juramento y la exigencia de decir verdad bajo la intimación de la posible comisión de un delito de falso testimonio, ya que si no se considera a la joven capacitada para consentir relaciones íntimas voluntarias tampoco puede ser penalmente responsable. Se trata, más bien, de una exploración, y no de un testimonio.*

*Y en segundo lugar, la concurrencia de una limitación física que dificulta gravemente la comunicación con la declarante, la sordera, y de una limitación síquica, que dificulta su comprensión de lo que se le pregunta y de los propios hechos que narra, la debilidad mental, debilita sustancialmente la fuerza probatoria de la declaración. El propio Tribunal sentenciador manifiesta en su sentencia que la joven solo responde mediante monosílabos, gestos o signos, a preguntas concretas, en algunas de las cuales se introducen elementos de difícil comprensión para ella, y **destaca la facilidad de influir sobre su testimonio, considerando que sus respuestas pueden depender del modo en que se le hagan las preguntas.***

*Es cierto que el Tribunal destaca estas limitaciones del testimonio de la joven para restar importancia a sus contradicciones. Pero desde la perspectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que ahora se nos plantea, es claro que estas evidentes limitaciones reducen muy sustancialmente la credibilidad subjetiva de su declaración...".*

**OCTAVO** .- Un cuidadoso análisis de las alegaciones del recurrente en contraste con el razonamiento de la Sala, completado con el examen de las actuaciones y visionado de las sesiones del juicio oral ( art. 899 LECrim ) nos hacen concluir, en sintonía con uno de los informes psicológicos, que tampoco en este supuesto las declaraciones de Belinda , merecen un nivel de fiabilidad intrínseco suficiente en lo que atañe al núcleo de la divergencia: si existió o no anuencia para el contacto sexual, contacto que admiten ambos (la presencia de ADN no es por ello factor decisorio).

**a)** No es descartable un móvil ajeno al desnudo y cristalino deseo de contar la verdad: de considerarse cierta la versión del recurrente -hubo consentimiento- emergen hipótesis que explicarían la denuncia. La extraña advertencia de su amiga ese mismo día de que tuviese cuidado para que no le pasase lo mismo que a ella (ser víctima de una violación), el empeño de la menor por llegar a Sax; la no circulación de autobús ese día con ese destino; su rechazo a llevarle, que se pudo intentar vencer con esa actitud; el despecho al no lograr ni siquiera así doblegar esa voluntad reacia a transportarla... La menor, según expone la sentencia, desde los 12 años había mantenido relaciones sexuales completas. Eso puede explicar la ausencia de toda lesión. Pero esa constatación ni refuerza ni debilita su testimonio.

**b)** El informe del psicólogo forense, precedido de una entrevista directa con la menor, sugiere ser probablemente no veraz el relato de la víctima. Está bien estructurado. Es solvente y se expresó con alto poder de convicción en el acto del juicio oral. Desde esa perspectiva se percibe como una posibilidad real, no despreciable y fundada que las declaraciones de la menor no se ajusten plenamente a la realidad. No contiene la sentencia ni una alusión a ese trascendental informe no accesorio, sino centrado en el principal punto controvertido.

**c)** Es objetivamente poco creíble el relato de la denunciante en algunos de sus extremos. Muchos datos colaterales (forma de acceder al camión, cruce en el camino con la policía mientras dice estar siendo intimidada, manejo del teléfono en la cabina...) introducidos en la narración le restan crédito. También despierta recelos su resistencia a proporcionar datos de su ex-novio o de su amiga Mariana que podían haber corroborado algún punto.

**d)** La forma en que relata la víctima estos y otros hechos en el plenario es poco expresiva, como despojada de sentimientos (desconcierta su afán por poder mirar al acusado pese a lo que había dispuesto cuidadosamente el Tribunal). Eso puede deberse ciertamente a limitaciones intelectuales; pero no es descartable que obedezca a lo sugerido por el psicólogo que la evaluó.

**e)** Las variaciones en sus sucesivas declaraciones también erosionan su fiabilidad. La inicial mención de una penetración anal luego descartada sugiere algo más que una inexactitud o malentendido (que podría haberlo sido, en efecto). Esas asimetrías son señaladas por el recurrente. Algunas pueden ser explicables por factores distintos a la mendacidad: no es exigible un mimetismo absoluto que además generaría más sospechas. Otras, son más llamativas. Estamos ante otro punto que menoscaba la fortaleza del testimonio.







f) El condicionante intelectual de la víctima introduce un factor a ponderar a la hora de valorar sus declaraciones. Su conducta puede no ajustarse plenamente a parámetros y pautas habituales tenidas por "lógicas". Esa deficiencia, no puede convertirse sin más en "coartada" o disculpa para explicar sin mayor profundización incoherencias, vaivenes o limitaciones de su relato que despiertan reticencias e introducen elementos de duda ( STS 815/2013 ). No se pueden solventar las dudas alimentadas por esos elementos con el fácil expediente de considerarlas "normales" en una persona con alguna limitación mental que, en todo caso, no alcanza la entidad que en algún momento se le asignó.

g) El otro informe pericial sobre credibilidad no es concluyente. No pueden convertirse ese tipo de informes en un subrogado de la tarea judicial de valoración de la prueba. Dista de arrojar conclusiones definitivas, que son discutidas y descartadas por el informe psicológico ya aludido y efectuado por un experto independiente de cuya preparación no puede dudarse a la vista de sus referencias curriculares. Sobre ese segundo informe la Sala guarda espeso silencio.

h) Uno de los elementos corroboradores utilizados (eritema en la mejilla) es equívoco pues puede ser consecuencia de los golpes que según expresó la menor recibió ese día de su padre y hermano.

i) La secuencia posterior a los hechos relatada (cambio de dinero, cabina de teléfonos...) tampoco se ajusta a parámetros de normalidad en quien acaba de sufrir una agresión de ese tipo.

j) Ciertamente también la versión del acusado presenta puntos sin explicar (localización de alguna de las muestras señaladas con ADN; indicación previa, luego rectificada, de que le entregó 50 euros...). Pero no bastan esas "debilidades" para dotar de objetiva fiabilidad a la versión de la menor.

k) El estrés diagnosticado puede estar generado por otras causas a la vista de una biografía nada fácil.

Este ramillete de circunstancias nos lleva a concluir que el testimonio de la víctima *in casu* carece de solidez suficiente para soportar una convicción de culpabilidad.

**El recurso ha de ser estimado.**

**NOVENO.-** La estimación del recurso determina la declaración de oficio de las costas procesales ( art. 901 LECrim ).

### III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

**1.-DECLARAR HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Carlos Antonio** contra la Sentencia de fecha 16 de octubre de 2015, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante que condenó al recurrente por un delito de agresión sexual por estimación de los motivos primero y segundo de su recurso; y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia.

**2.-** Declarar de oficio las costas ocasionadas en su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez

### SEGUNDA SENTENCIA

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 lo siguiente

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil dieciséis.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número Uno de Elda (Alicante), fallada posteriormente por la **Sala de lo Penal** de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Tercera), y que fue





seguida por un delito de agresión sexual contra Carlos Antonio se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO** .- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos probados excepto en los pormenores relativos a la existencia de violencia o intimidación por parte del acusado, debiendo admitirse de forma alternativa la posibilidad de que el contacto sexual se verificase con la anuencia de Belinda .

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO** .- Procede, de conformidad con la alteración efectuada en los hechos probados, la absolución por el delito de agresión sexual del que venía siendo acusado Carlos Antonio .

### III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

- 1.- Absolver a **Carlos Antonio** del delito de agresión sexual del que venía siendo acusado.
- 2.- Declarar de oficio las costas procesales de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez

**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

