



Roj: **STS 1858/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1858**

Id Cendoj: **28079120012019100363**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/06/2019**

Nº de Recurso: **10585/2018**

Nº de Resolución: **304/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: **10585/2018** P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 304/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 11 de junio de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones del acusado **D. Eusebio** y de la Acusación Particular Dña. Matilde, por vía de adhesión, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación del citado acusado contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería de fecha 9 de febrero de 2018, condenando al recurrente como autor de un delito de abuso sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados respectivamente, por el Procurador Sr. García Riquelme y por la Procuradora Sra. Pérez Muros.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Vera instruyó sumario con el nº 2 de 2017 contra Eusebio, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, que con fecha 9 de febrero de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"ÚNICO.- Probado y así se declara que: Sobre las 13:45 horas del día 1 de octubre de 2016, el procesado Eusebio, con documento nº NUM000, de nacionalidad colombiana y en situación irregular en territorio



español, mayor de edad y condenado anteriormente en cuatro ocasiones, entre ellas por Sentencia firme de fecha 26-08-2.010 por un Delito de Abusos Sexuales del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vera a pena de 12 meses de multa, de la cual no ha sido rehabilitado ya que antes de los 2 años de la fecha de extinción que fue el 30-08-2.013, cometió un nuevo delito de hurto por el cual ha sido condenado por Sentencia firme de fecha 26-03-2.015 por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Almería, a la pena de 6 meses de Prisión, (los hechos son de 3-03-2.015), se encontraba en el gimnasio "PROA" sito en la localidad de Garrucha (Almería). Igualmente a tal hora, en el mismo gimnasio, se encontraba Matilde, de 22 años de edad, quien padece un síndrome de Asperger, que le hace ser una persona ingenua y especialmente vulnerable al no tener capacidad de reacción ante situaciones conflictivas, quedando bloqueada. En esa situación y cuando ambos se encontraban solos en la sala de spinning, el procesado, sabiendo que Matilde presenta algún tipo de discapacidad, aprovechándose de ello y con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales, se colocó detrás de ella, y contra la voluntad de la misma, la agarro hacia su cuerpo por la parte trasera de esta, sujetándole la cintura y la cadera, a la vez que la acariciaba por los glúteos y la vagina, por encima de la ropa. En un determinado momento introdujo su mano por el interior del pantalón y las bragas de Matilde y le introdujo los dedos en la vagina. Igualmente en ese estado, el procesado besó a Matilde. Finalmente, ante los ruegos de Matilde, el procesado cesó en su proceder y Matilde pudo abandonar el local, acudiendo seguidamente a un centro de estética donde contó lo sucedido".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Eusebio como autor de un delito ya definido de abusos sexuales concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia a la pena de 8 AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición durante nueve años de aproximación a menos de 300 metros de Matilde incluido su domicilio y lugar de trabajo y prohibición de comunicación con la misma durante igual periodo. Procede imponer la pena de libertad vigilada durante 9 años a concretar en momento procesal oportuno la medida a imponer de las previstas legalmente. Y que indemnice a Matilde en 15.000 euros por el daño moral causado, mas los intereses legales de demora y al pago de las costas procesales".

Contra indicada sentencia se interpuso recurso de apelación por el acusado Eusebio ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que con fecha 5 de julio de 2018 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que estimando parcialmente el recurso formulado por la representación procesal de Eusebio contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería de fecha 9 de febrero de 2018, la revocamos parcialmente, condenando al recurrente como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual con introducción de miembro corporal por vía vaginal, concurriendo la agravante de reincidencia a la pena de SIETE AÑOS de prisión, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida. Sin costas. Notifíquese esta Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones del acusado D. Eusebio y de la Acusación Particular Dña. Matilde, por vía de adhesión, que se tuvieron por anunciados, 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.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Eusebio, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado los artículos 24.1 de la CE, relativo al derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el artículo 24.2 en cuanto a la conculcación del derecho de defensa.



Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse vulnerado el artículo 24.2 en cuanto a un proceso público y con todas las garantías.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse vulnerado el art 24.2 de la CE , relativo a la presunción de inocencia.

Quinto.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el artículo 850.1 de la Lecrim , al haberse denegado diligencias de prueba propuestas en tiempo y forma, consideradas pertinentes.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Dña. Matilde** , por vía de adhesión, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Vulneración del artículo 181 del Código Penal . El recurrente, en el presente procedimiento, fue condenado por la Audiencia Provincial de Almería a la pena de ocho años y seis meses, como autor responsable de un delito de abusos sexuales del artículo 181.1°,4° y 5°, mientras que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en grado de apelación, le rebajó un año y medio, al entender que le es aplicable el artículo 181.1 ° y 4° del Código Penal , pena esta última con la que no estamos de acuerdo, dicho sea con el debido respeto, al entender que resulta errónea la inaplicación del párrafo 5° del citado artículo.

Segundo.- Vulneración del art. 24 C.E . que exige un proceso público con todas las garantías. Partimos de la base de que la sentencia de apelación vulnera el principio de inmediación, dicho sea en términos estrictos de defensa, que está en relación directa con un proceso público con todas las garantías del artículo 24 de la Constitución Española ; lo que aquí se combate es una sentencia que, sin haber oído ni tenido la percepción directa en las pruebas personales, altere la de primera instancia, sin que exista motivo aparente para ello.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose igualmente por instruidas las representaciones del acusado y de la A. Particular, 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 4 de junio de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso los interpuestos por las representaciones procesales de Eusebio y Matilde , contra la Sentencia nº 53/18, de fecha 5 de julio de 2018, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla.

Los hechos que se declaran probados por el Tribunal son los siguientes:

"Sobre las 13:45 horas del día 1 de octubre de 2.016, el procesado Eusebio , con documento nº NUM000 , de nacionalidad colombiana y en situación irregular en territorio español, mayor de edad y condenado anteriormente en cuatro ocasiones, entre ellas por Sentencia firme de fecha 26-08-2.010 por un Delito de Abusos Sexuales del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vera a pena de 12 meses de multa, de la cual no ha sido rehabilitado ya que antes de los 2 años de la fecha de extinción que fue el 30- 08-2.013, cometió un nuevo delito de hurto por el cual ha sido condenado por Sentencia firme de fecha 26-03-2.015 por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Almería , a la pena de 6 meses de Prisión (los hechos son de 3-03-2.015), se encontraba en el gimnasio "PROA" sito en la localidad de Garrucha (Almería).

Igualmente, a tal hora, en el mismo gimnasio, se encontraba Matilde , de 22 años de edad, quien padece un síndrome de Asperger, que le hace ser una persona ingenua y especialmente vulnerable al no tener capacidad de reacción ante situaciones conflictivas, quedando bloqueada.

En esa situación y cuando ambos se encontraban solos en la sala de spinning, el procesado, sabiendo que Matilde presenta algún tipo de discapacidad, aprovechándose de ello y con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales, se colocó detrás de ella, y contra la voluntad de la misma, la agarró hacia su cuerpo por la parte trasera de esta, sujetándole la cintura y la cadera, a la vez que la acariciaba por los glúteos y la vagina, por encima de la ropa. En un determinado momento introdujo su mano por el interior del pantalón y las bragas de Matilde y le introdujo los dedos en la vagina. Igualmente, en ese estado, el procesado besó a Matilde .

Finalmente, ante los ruegos de Matilde , el procesado cesó en su proceder y Matilde pudo abandonar el local, acudiendo seguidamente a un centro de estética donde contó lo sucedido".

RECURSO DE Eusebio



SEGUNDO.- Motivos 1, 2, 3 y 4.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ , al haberse vulnerado los artículos 24.1 CE relativo al derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Al amparo del artículo 5.4 LOPJ , al haberse vulnerado el artículo 24.2 CE , en cuanto a la conculcación del derecho de defensa. En cuanto a la necesidad de los medios de prueba interesados por la Defensa, y que fueron denegados tanto por la Audiencia Provincial como por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ , al haberse vulnerado el artículo 24.2 CE en cuanto a un proceso público y con todas las garantías.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ , al haberse vulnerado el artículo 24.2 CE , relativo a la presunción de inocencia.

Hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos señalado en otras ocasiones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017), la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación en estos casos la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Además, como señalamos en reiterada doctrina, esta Sala, entre otras, en la STS nº 293/2007 ya señalaba que "si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per



saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección".

Pues bien, como se alega la vulneración de la presunción de inocencia en relación a la inexistencia de prueba de cargo suficiente para ello debemos recordar que, como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso, es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE , sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba



de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar **debe analizar el "juicio sobre la prueba"** , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, **se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"** , es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"** , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 :

" **El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral** .

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.

2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que **la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio"**.

b.- El segundo cuando **exige una valoración racional de la prueba testifical** .

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000 , 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , o de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Respecto a la alegada insuficiencia de prueba y que la declaración de la víctima es inconsistente hay que señalar que el TSJ en su sentencia valida absolutamente la declaración de la víctima por las siguientes razones:

a.- Por no encontrar la relevancia de las contradicciones que refiere el recurrente, y ser suficiente, clara, elocuente y concreta la versión de la víctima.

b.- Por no apreciar ánimo espurio alguno en sus manifestaciones, dado que no se conocían, realmente, y no tiene cabida una denuncia por hechos tan graves sin argumento evidente que pueda hacer ver un ánimo de venganza, y

c.- Por existir prueba suficiente de corroboración.

En tal sentido, vemos que el TSJ valida la declaración de la víctima, y este es el examen de que debe hacerse en sede casacional, es decir, si la argumentación del TSJ es correcta frente al motivo de apelación, en este caso cuestionando la vulneración de la presunción de inocencia. Porque el examen de esta validación de la suficiencia ya la elabora el TSJ al conocer de la apelación.

1.- Validez de la declaración de la víctima.

Así pues, se refiere por el Tribunal ante quien se practica la prueba y es validado por el TSJ al conocer de la apelación que:

a.- "No existe en la causa circunstancia alguna que permita afirmar que concurra algún motivo espurio en la declaración de la denunciante, o algún elemento del que deducir que no es creíble su testimonio, "solo se conocían del gimnasio". La declaración de la denunciante en el acto del juicio **fue clara, y no se aprecia contradicción alguna que tenga relevancia suficiente para poner en duda la verosimilitud de aquella**".



Con ello, no existen contradicciones de relevancia que refiere el recurrente, y, por otro lado, en estos casos de ataques a la libertad sexual pueden existir, en ocasiones, ciertas cuestiones o matices que no alcanzan el factor de "contradicción" al sujetarse a pequeños detalles que no tienen la importancia para cuestionar o dudar de la veracidad, o entender que la víctima está fabulando y que cambia su versión. Este análisis del "cambio de versión" en "elementos esenciales o sustanciales" en los extremos centrales y nucleares de los hechos que sustentan el tipo penal es realizado por el Tribunal ante quien se practica la prueba y lo verifica con la oportuna intermediación, y esta valoración es, a su vez, revisada por el TSJ en sede de apelación.

La contradicción debe ser esencial y nuclear para deducir de ella que existen dudas de la veracidad de la declaración, lo que no ocurre en este caso como validan tanto el Tribunal de instancia como el de apelación, pese a que el recurrente sostiene determinados extremos que no adquieren la relevancia suficiente como para entender que existen "saltos" relevantes en lo que declara la víctima, sobre la que hay que considerar en este contexto que tiene el síndrome de Asperger, que aunque no se trata de una enfermedad sí que provoca una especial incidencia a la hora de que se le hagan determinadas preguntas concretas y sus respuestas por ella, pese a lo cual es clave la intermediación del Tribunal para concluir que la víctima no fabula y que contó lo que "vivió", sin fabulaciones ni alteraciones.

Suele ser objeto de alegación con frecuencia la existencia de contradicciones en las declaraciones de los acusados, víctimas o testigos en sus diversas manifestaciones que llevan a cabo tanto en sede policial, como ante el juzgado de instrucción y su comparación con la llevada a cabo en el plenario. No obstante, cuando se alega el concepto de **contradicción** no debe perderse de vista que, técnicamente, por tal debería entenderse aquello que es antagónico u opuesto a otra cosa. Y en la mayoría de los supuestos en que se alega la pretendida contradicción se centra o ciñe más en cuestiones de matices respecto al contenido propio de las declaraciones.

Por ello, no puede cuestionarse la valoración de la prueba a la que llega el Tribunal cuando admite la valoración de la declaración de la víctima, o de testigos de cargo alegando que sus declaraciones fueron otras, cuando, en realidad, a lo que se refieren es a aspectos de matices sin la relevancia propia que tendría técnicamente una **declaración antagónica o contradictoria** de la víctima o de un testigo.

Nos movemos, entonces, en el terreno de la valoración de la prueba, que nos lleva al respeto del principio de intermediación, que no tiene alcance en sede casacional. Y ello, aparte de entender que la contradicción que se alega cuando se emplea este motivo por la vía de la presunción de inocencia no se refiere a declaraciones que se oponen entre sí, sino a declaraciones que no son idénticas.

En algunos casos debe tenerse en cuenta las circunstancias que concurren a la hora de prestar declaración las víctimas, sobre todo cuando se trata de delitos contra la libertad o indemnidad sexual. Así, las víctimas de esta clase de delitos pueden ir venciendo barreras para ir concretando más aspectos de detalle que puede que no precisaran en las primeras declaraciones, al enfrentarnos a hechos que muchas víctimas prefieren ocultar, o que el impacto del delito les provoque una merma que no les lleva a expresarse con total detalle, y que solo el paso del tiempo permite que se extiendan en los mismos.

Por otro lado, debe entenderse en delitos en los que son víctimas menores que no siempre se mantendrán en una declaración idéntica, al tratarse de actitudes de sus agresores sexuales que no entienden, pero que les causa un gran daño emocional, lo que les puede llevar a realizar un desarrollo expositivo que va evolucionando conforme declaran, y que a raíz de cómo se lleve a cabo el interrogatorio responderán con mayores o menores matices, pero esas diferencias no esenciales no debe conllevar a entender que mienten.

El Tribunal es el que debe valorar con su intermediación si quien ha declarado falta a la verdad. Es quien valora la prueba pericial de los peritos que examinan a las víctimas, a tenor de expresar si fabulan, o no. Es quien tras la práctica de la prueba lleva a cabo su examen conjunto y forma su convicción acerca de lo que declara el acusado, la víctima y los testigos.

En esta línea, suele confundirse la existencia de matices en las declaraciones de víctimas y testigos, ampliatorias unas de otras, con la realidad de lo que debe entenderse por una **declaración contradictoria**, en cuanto viene a suponer que se contraponen o contradicen de modo absoluto con lo declarado en una fase y otra.

Ello suele darse cuando los acusados declaran en la fase sumarial a presencia letrada y en el juicio oral y existe una **abierta contradicción** entre ambas declaraciones, o lo mismo ocurre con los testigos. En estos supuestos es sabido que la vía procedente es la de la lectura de las declaraciones sumariales para "elevarlas al plenario" y poder el Tribunal llevar a cabo su función valorativa, otorgando más valor o credibilidad a una declaración frente a otra y motivando este alcance de la convicción.

Pero en estos supuestos se trata de una práctica operativa distinta, ya que aquí sí que concurre una patente y clara **contradicción** al modo y manera de **declaraciones esencialmente diferentes**. De ello se evidencia



que no puede predicarse lo mismo de las "contradicciones" en las declaraciones expuestas anteriormente y que se ubican en matices ampliatorios, aclaratorios, o complementarios de iniciales declaraciones, con las básicamente contradictorias a las que nos referimos en el segundo de los supuestos.

b.- La declaración sobre lo que ocurrió y la "oposición" de la víctima a los hechos sexuales del acusado fue claramente expuesta por la víctima, y así lo refleja el Tribunal: *A Eusebio le conoce del gim. Ese día entro en la sala de spinning, le pregunto la hora al acusado. Ella se fue y continuó estirando, el entro en la sala y él le dijo coge un balón y estiramos juntos. Cada uno tenía su balón y él se puso a su lado. Se ofreció a ayudarla, pero ella le dijo que no. Se puso detrás de ella metió su mano por dentro del pantalón y la introdujo los dedos. Ella le dijo que parara, pero el no quiso ella le dijo que le dolía, que estuviera quieto. A pesar de que ella le dijo que parara no lo hizo; El la beso y ella le dijo que estuviera quieto. Estaba tumbada en el suelo boca arriba y le dio un beso. La introducción de los dedos fue cuando estaba encima del balón. Al salir del gim le dijo que no se lo contara a nadie que eran adultos. Se fue corriendo a la peluquería. A la defensa respondió El se puso detrás de ella y la metió la mano; ella no quería y le dijo que parara, no se defendió físicamente porque estaba bloqueada. No lo consintió en ningún momento. El le dio el beso, ella se levantó y se fue.*

Señala el Tribunal que "Dichas manifestaciones en el acto del Juicio son idénticas en su esencia a las realizadas ante la Guardia Civil, folio 21, y las realizadas en el Juzgado de Instrucción, folio 140. Es más, a pesar de las dificultades que tenía la víctima para entender las preguntas complejas no observamos contradicción alguna".

Con ello, frente al alegato de la existencia de contradicciones no han sido apreciadas, y, en su caso, no tienen la relevancia para dudar de la veracidad de la declaración.

Mantiene el Tribunal su convicción acerca de la oposición de la víctima a los actos de abuso sexual al afirmar que: "Siempre mantuvo la testigo victima su falta de consentimiento a las relaciones sexuales añadiendo que si bien le dijo que parara y el hiciera caso omiso, se "quedo bloqueada" y no opuso resistencia física".

Esta actitud que resulta acorde con la "conducta reaccional" de personas que padecen el síndrome citado determina que se admita por el Tribunal su negativa a aceptar el acto y que fuera evidente su oposición al mismo, aunque no mostrara resistencia física, ya que el recurrente postula el consentimiento que excluiría el abuso sexual.

Respecto a la ausencia de consentimiento de la víctima, hay que señalar que el TSJ refleja en su sentencia que: **la víctima que no consiente el ataque realizado por el acusado.** No se trata, como pretende el recurrente, que la muchacha consintiera el "toqueteo" del acusado, quizás debido a la situación personal de aquella, porque en la sentencia se describe claramente que el ataque se realiza sobre una mujer que no llega a consentir; que en ningún momento consta acreditado, pese a los esfuerzos argumentales del recurrente, que llegara a expresar en algún momento su consentimiento a los manoseos y a la introducción de los dedos del acusado en el interior de su vagina. *Pese a la dificultad de expresión de la víctima a las preguntas que se le hacen en el juicio debido a la enfermedad que padece, el testimonio que presta en reacción al hecho nuclear es claro. manifiesta reiteradamente, sin contradicción alguna.*

Y pese a que el recurrente postula contradicciones, no son reconocidas en su carácter de "relevancia" por el TSJ al apuntar que "Esta declaración de Matilde prestada en el juicio y en lo que afecta al núcleo del tipo penal, coincide con la que había prestado anteriormente en sede policial y judicial".

No existen contradicciones de relevancia, ya que consta la declaración policial, obrante a los folios 16 y 17 de la causa, en la que afirma "que se sintió bloqueada, aprovechando esta circunstancia para introducir uno o varios dedos en el interior de su vagina", versión que volvió a reproducir ante el Dr. Mario , médico de urgencias que la reconoció (fols 5 y 51); su declaración ante el juez instructor (fols 139 y ss), en la que volvió a insistir en que "le introdujo un dedo en la vagina y le dolió muchísimo..., que también le dio un beso en la boca..., que le decía que parase y no le hacía caso". A ello se une su declaración en el mismo sentido en el acto del juicio oral. Y coincide con lo que le contó a la peluquera D^a. Catalina , que declaró como testigo en el acto del juicio oral, y al médico que le atendió en urgencias Dr. Mario .

Con respecto a las contradicciones que refiere el recurrente hay que hacer constar que nos encontramos ante una persona con síndrome de Asperger concluido como prueba y ante eso el TSJ en su sentencia recuerda que:

"Por lo que percibió este Tribunal en el visionado del CD del juicio, el síndrome que presenta puede pasar desapercibido al inicio de una conversación; sin embargo, tras un tiempo de examen de la misma, se aprecia su cierta discapacidad a la hora de comunicarse con el resto de personas. Como se informó en el juicio, las personas que padecen este síndrome de asperger, necesitan de preguntas muy concretas y cortas, como se observa en la respuesta a cada pregunta que se le formula en el juicio, Son personas que no conocen la maldad y sólo conocen la literalidad de las palabras".



Así, estas personas tampoco pueden ser sometidos a un listado de cuestiones de tal manera que puedan contestarlas como otra persona que no sufra este síndrome. En cualquier caso, la convicción del Tribunal de instancia, ratificado por el TSJ ante el recurso de apelación es consistente y descarta que alterara la realidad con respecto a los dos factores nucleares de:

- a.- Existencia de negativa y oposición al desarrollo del ataque a su libertad sexual en su contexto de persona con este síndrome.
- b.- Concurrencia del acto de la introducción de los dedos en la vagina, y no un mero tacto digital.

El recurrente incide en varios extremos acerca de contradicciones que señala en torno a la versión que, finalmente, se expone en el hecho probado y sobre el dato de la penetración con los dedos en la vagina de la víctima.

Por otro lado, recordar que el Tribunal de instancia apunta que *"ella no quería y le dijo que parara, no se defendió físicamente porque estaba bloqueada. No lo consintió en ningún momento. El le dio el beso, ella se levantó y se fue. Dichas manifestaciones en el acto del Juicio son idénticas en su esencia a las realizadas ante la Guardia Civil, folio 21, y las realizadas en el Juzgado de Instrucción, folio 140. Es más, a pesar de las dificultades que tenía la víctima para entender las preguntas complejas no observamos contradicción alguna"*.

Es decir, que el Tribunal ha tenido en cuenta las dificultades de la víctima para, atendiendo al síndrome de Asperger que padece, contestar preguntas complejas que para los juristas pueden ser relevantes para acreditar determinados extremos, pero que la víctima cuenta lo que le ocurrió y que se centró en que estaba bloqueada, que no quería que le hicieran esos actos y que le introdujo los dedos en la vagina.

Pero la convicción del Tribunal es absoluta tras haber escuchado a la víctima, y ante ello, sobre la valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal por el Tribunal esta Sala ha señalado en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 119/2019 de 6 Mar. 2019**, Rec. 779/2018, que:

"Es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Y así podemos citar los siguientes:

- 1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
- 2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
- 3.- Claridad expositiva ante el Tribunal.
- 4.- "Lenguaje gestual" de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.
- 5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.
- 6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.
- 7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.
- 8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.
- 9.- La declaración no debe ser fragmentada.
- 10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.
- 11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.

Por otro lado, ante las líneas generales anteriores a tener en cuenta sí que es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor o "revictimización" por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes:

- 1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.
- 2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.



- 3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.
- 4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.
- 5.- Deseo al olvido de los hechos.
- 6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración".

Pues bien, el Tribunal ha tenido en cuenta estos parámetros y estos criterios, ya que ha sido sumamente descriptivo en la valoración de la declaración de la víctima, otorgándole plena credibilidad en la misma, y no percibiendo atisbo alguno que haya descrito hechos tan graves como los relatados si éstos no hubieran ocurrido, y que ella no hubiera sido victimizada en la forma en que lo hizo.

Respecto a la declaración en el juicio oral y la presencia de la madre, la circunstancia de las advertencias a la madre de que no interfiriera en la declaración de la víctima no ha sido obstáculo para otorgar absoluta credibilidad a lo que expuso la víctima en torno a que se opuso a estos hechos y a que el acto consistió en la introducción de los dedos en la vagina. No tiene dudas el Tribunal de que el acto no fue consentido, y que, aunque el TSJ haya rechazado la agravante de aprovecharse de la especial vulnerabilidad de la víctima por sufrir, ésta, la enfermedad de Asperger, lo cierto es que esta enfermedad que queda constatada evidencia que estas personas no fabrican dicen la verdad de los hechos que les ocurren, como así consta en la prueba pericial acerca de estas personas y sus reacciones ante acontecimientos que les ocurren.

El recurrente incide en algunas cuestiones de interés, como son:

a.- La ausencia de consentimiento : Y esto es evidenciado por el Tribunal al valorar la declaración de la víctima, que, pese a la oposición del recurrente, expone que *en ningún momento consta acreditado, pese a los esfuerzos argumentales del recurrente, que llegara a expresar en algún momento su consentimiento a los manoseos y a la introducción de los dedos del acusado en el interior de su vagina.*

Da a entender el recurrente que hubo consentimiento por la víctima, pero ello debe relacionarse con la especial situación de la víctima que está afectada por un bloqueo en este caso, y así lo refiere el Tribunal, y estas personas no pueden reaccionar ante este tipo de casos de la misma manera que quien no sufre esta situación, que no es una enfermedad, pero sí una afectación personal que sufren quienes las padecen y les hacen reaccionar ante las situaciones normales de una manera particular respecto a quien no lo padece.

Por el TSJ se descartó la agravación de la vulnerabilidad por entender que no queda probado con evidencia que el acusado fuera consciente de esta deficiencia de la víctima, pero ello no quiere decir que no la padezca, y en la oposición ya nos situamos, no desde el punto de vista del acusado, sino de la víctima, y en este caso es el padecimiento del síndrome lo que facilita el bloqueo, y que no reaccione de la misma manera que otras personas no afectadas por esta disminución psíquica.

Por ello, el relato del recurrente respecto a la reacción de la víctima cuando se producen los hechos y le besa el acusado no puede encasillarse en la reacción de una persona normal, sino de una persona que sufre una situación personal caracterizada por su problema de comunicación social, y cuyas capacidades de expresar su rechazo no son las mismas, o sus reacciones ante ataques a la libertad sexual. Lo que está claro, y así lo ha concluido el Tribunal, es que la víctima se opuso, aunque puede ser que no con la virulencia que lo hubiera hecho otra persona que no padezca esta afectación, pero ello no transmuta el hecho desde la oposición que contempla la sentencia, al consentimiento del acto que postula el recurrente. Además, es hecho probado que "Se colocó detrás de ella, y **contra la voluntad de la misma** ".

Respecto a la ausencia de consentimiento de la víctima, y la forma en la que se expresa y manifiesta su negativa a consentir ese acto sexual hay que partir de la base del reconocimiento de su síndrome de Asperger. Y así recoge el Tribunal de instancia que:

"Si bien la defensa impugno de modo genérico el informe de la psiquiatra sra Aurelia , folio 75, solicito su declaración como testigo perito, admitiéndose dicha prueba, renunciando en el acto del Juicio a su testimonio, por lo que dicho informe no ha sido desvirtuado, tratándose de un informe emitido por psiquiatra de hospital de la Consejería de Salud, de un organismo público. Dicho informe de especialista recoge el trastorno sufrido por Matilde con una minusvalía del 33% y concluye diciendo que "ante una situación de conflicto no es capaz de enfrentarse al problema, se bloquea... por lo que es más sensible a sufrir abuso sexual"."

La constancia de la negativa de la oposición de la víctima al acto sexual y que es lo que integra el tipo penal del art. 181 CP de no constar el consentimiento y expresa la víctima su oposición lo refleja el TSJ aceptando que de la prueba practicada se evidencia que "la víctima le pidió reiteradamente que parara y no siguiera; que se quedó bloqueada sin saber cómo reaccionar".



Y ello, teniendo presente que de los estudios que se han realizado del síndrome de Asperger se obtiene la conclusión de que *Suelen ser muy nobles y dicen en cada momento lo que piensan*. Según estos estudios esta enfermedad debe su nombre a Florentino , un pediatra vienés que, en 1944, describió por primera vez una serie de patrones de comportamiento que él había observado en algunos de sus pacientes, mayoritariamente de sexo masculino. Asperger observó que aquellos pacientes, a pesar de presentar una inteligencia y un desarrollo del lenguaje normales, tenían graves deficiencias en las habilidades sociales, no sabían comunicarse eficazmente con los demás y presentaban problemas de coordinación.

En estos estudios, y con respecto a la conclusión a que llegan los forenses de que estas personas con este síndrome no fabulan, se recoge que las personas con síndrome de Asperger:

"Hablan con la verdad y dicen lo que piensan y sienten, llegando muchas veces a herir (sin querer) por el exceso de verdad y poco "filtro" en las palabras. La diferencia entre quien tiene este síndrome y una persona no Asperger, es que si llegan a decir una mentira, sienten un gran "peso de conciencia" que no les deja tranquilos hasta que "confiesan" la verdad. Con ello, es muy fácil de detectar a un "asperger" en una mentira. Para estas personas es muy complejo mentir, pues tendrían que elaborar más mentiras para sostener la mentira inicial; esto les llevaría a un estado de angustia, por lo cual es más fácil decir la verdad que mentir. Hablar con la verdad es casi un acto reflejo, algo no pensado, solo fluye espontáneamente en quien sufre este síndrome.

En este escenario, las dos circunstancias claves en la versión de la víctima, de que se opuso y no expresó su consentimiento a ese acto sexual, y que se realizó mediante la introducción de los dedos ha quedado acreditado a juicio del Tribunal de instancia y valorado por el TSJ desestimando los extremos del recurso en esta línea, lo que en esta sede debe ratificarse.

b.- La introducción de los dedos en la vagina . Penetración. El recurrente plantea que solo fue un tacto vaginal. Y aunque sea cierto que las manchas de sangre pudieran deberse al ciclo menstrual, no es menos cierto que la convicción del Tribunal de instancia y el de apelación en torno a que le introdujo los dedos es absoluto, porque así lo expone la víctima en sus declaraciones.

Es hecho probado que el acusado "se colocó detrás de ella, y contra la voluntad de la misma, la agarro hacia su cuerpo por la parte trasera de esta, sujetándole la cintura y la cadera, a la vez que la acariciaba por los glúteos y la vagina, por encima de la ropa. En un determinado momento introdujo su mano por el interior del pantalón y las bragas de Matilde y le introdujo los dedos en la vagina".

Consta por el Tribunal probado, y ratificado por el TSJ al serle cuestionado este mismo motivo que en la declaración de la víctima se evidencia que "Se puso detrás de ella metió su mano por dentro del pantalón y **le introdujo los dedos** ". Ella le dijo que parara, pero el no quiso ella le dijo que le dolía, que estuviera quieto".

Resulta evidente que, aunque exista desconexión entre la sangre hallada en las bragas y la introducción de los dedos, la víctima le señaló que le estaba haciendo daño, lo que se colige con un acto de introducción de los dedos, y no con un mero "tacto digital" que postula el recurrente.

2.-Prueba documental.

Se hace mención por el Tribunal a la "prueba documental al respecto, así como informe forense, folios 194-196, ratificados por sus emisores, acerca de la referida patología. Si bien la defensa impugno de modo genérico el informe de la psiquiatra Sra. Aurelia , folio 75, solicito su declaración como testigo perito, admitiéndose dicha prueba, renunciando en el acto del Juicio a su testimonio, por lo que dicho informe no ha sido desvirtuado, tratándose de un informe emitido por psiquiatra de hospital de la Consejería de Salud, de un organismo público. Dicho informe de especialista recoge el trastorno sufrido por Matilde con una minusvalía del 33% y concluye diciendo que "ante una situación de conflicto no es capaz de enfrentarse al problema, se bloquea... por lo que es más sensible a sufrir abuso sexual".

Destacar en este caso el informe emitido en Urgencias (obrante en los folios 5 y 51), para constatar que al médico que le atendió Mario , le dijo que "una persona mientras estaba en el gimnasio ha comenzado a introducir sus dedos en la vagina...", lo que constituye una penetración digital y no sólo un tacto digital.

Es cierto que el informe dice que tiene el himen íntegro, y que no se encontraron lesiones, pero también es cierto que, -como destacó dicho médico y recoge la sentencia- ello no excluye la introducción de dedos en la vagina. También destaca el referido doctor, que la víctima lloraba y su estado emocional era muy nervioso.

Con respecto a la impugnación de este extremo por el recurrente respecto del informe de urgencias el médico Sr. Mario que atendió a la víctima en el Centro de salud, manifestó que no encontró lesión alguna ni en el cuerpo ni vagina, que aquella lloraba y su estado emocional era muy nervioso, no excluyendo la introducción de dedos en la vagina, estando ileso el himen. Pero debe admitirse la convicción del Tribunal de que la inexistencia



de lesiones no conlleva que no hubo introducción de los dedos en la vagina, sino que ello es perfectamente posible.

Se evidencia de la declaración de Catalina que relató que "La chica le relató que un hombre en el gimnasio le había metido los dedos en sus partes **causándole mucho daño**", lo que no se conecta con un acto de tacto, sino, más bien, de introducción de los dedos.

3.- El acusado.

Se recoge que "Niega el atentado contra la libertad sexual, admitió este acercamiento a Matilde en el gimnasio en la sala de Spinning, reconociendo haberla besado a Matilde, aunque niegue que le hiciera objeto de tocamientos e introducción de dedos en la vagina".

4.- Testigos:

- El testigo Guardia civil NUM001.- realizó la inspección ocular en el gim concluyendo que esa sala donde ocurrieron supuestamente los hechos, solo tenía una puerta, no tenía ventanales al exterior y parte de la sala quedaba oculta desde afuera.

- La testigo Catalina, a cuya peluquería acudió aquella declarando que al llegar a Matilde la vio nerviosa y que cuando estaba haciéndole la cera le contó lo que había ocurrido en el gimnasio y fue al verle las bragas manchadas de sangre cuando decidió llamar a su madre. "La mañana de Autos tenía hora en la peluquería y llego muy agitada diciéndole que le ha pasado una cosa rara. La pasó a la Sala y vio que tenía papel mojado le dijo que un hombre le había metido la mano en sus partes y le había hecho mucho daño. Vio sangre en las bragas al hacerle la cera. Llamo a su madre".

- La testigo Dulce, trabajadora del gimnasio, declaro que vio a ambos el día de Autos en el gim, ella estaba en recepción, el se dirigió a ella a corregirle un ejercicio. No los vio en la sala de spinning... La sala de spinning esta apartada y no los vio allí...

- Las manifestaciones del testigo Mario, ginecólogo que atendió en el centro de salud a la víctima, constituyen prueba que avala las manifestaciones de Matilde, ratificándose en su informe a los folios 4 y 5, haciendo constar que **entró llorando la víctima a consulta presentando dolor en la zona vaginal**. "Refirió que había recibido besuqueos y tacto con el dedo. En las bragas tenía sangre, tenía himen íntegro y no se pudo saber el origen. Las manchas probablemente fueron por fin de regla, no vio herida en los labios ni en la vagina. No detectaron lesiones ni en el cuerpo ni en la vagina. Toman muestras. Estado emocional era nerviosismo, lloraba. No excluye introducción de dedos en el himen que no tenga lesiones.

Con ello, de nuevo, se incide en la no exclusión de la opción del acto de introducción de los dedos en la vagina, como propone el recurrente.

5.- Prueba pericial forense.

Señala el Tribunal que "las manifestaciones del forense Sr. Segismundo son corroboradoras de la declaración de la víctima.

El referido perito que ratifico su informe obrante al folio, 194, declaro que las personas con síndrome de asperger como presente Matilde, tienen Síndrome de Asperger, su patología es nueva, es trastorno de comunicación social; personas literales, no tienen ironía, solo la literalidad de las palabras; no son capaces de averiguar la intención de las partes, **no son fabuladores, son literales tanto en la expresión de sus palabras como expresiones corporales**. Estaba afectada, no saben contestar a preguntas largas. **Tienen fragilidad para quedarse bloqueadas**. Dichos peritos insistieron en que "**Tiene una patología que no permite fabulación**". Se considera trastorno de la comunicación social; el otro forense Sr. Jose Ramón declaro así mismo que, "...pueden tener coeficiente intelectual superior, tienen incapacidad para relaciones sociales, problema de comunicación, tienen incapacidad de comunicación. **Es difícil que esas personas fabulen**".

Con ello, esta pericia avala que estas personas dicen la verdad y es muy difícil que fabulen, y reflejan en sus expresiones las cosas o circunstancias tal cual han ocurrido.

Debemos recordar que, como apunta la doctrina, la prueba pericial es una actividad compleja para introducir en el proceso consideraciones de naturaleza técnica que no pueden ser interpretadas directamente por el Juez, referida a conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos fundamental para la resolución de determinados procesos en que son necesarios. **Sin embargo, el dictamen de peritos no acredita un hecho**.

Recordemos, a estos efectos, que en el análisis de esta prueba pericial la propia Sala Primera de este Tribunal Supremo en sentencia de fecha 23 de mayo de 2006 señala que "si el juez no posee los conocimientos técnicos necesarios, como ocurre con los de carácter médico, para fijar los hechos y para extraer las debidas



consecuencias jurídicas en relación con la posible existencia de responsabilidad, la prueba pericial debe cumplir la función de proporcionárselos, puesto que la función del perito es la de auxiliar al juez, ilustrándolo sobre las circunstancias del caso, **pero sin privar al juzgador de la facultad de valorar el informe pericial, como en tantas ocasiones ha declarado la jurisprudencia, cosa que comporta concluir sobre los hechos y extraer las debidas consecuencias jurídicas, tanto en el orden de la causalidad, en su doble vertiente fáctica y jurídica**, como en el aspecto de la apreciación de culpa o negligencia determinante de responsabilidad civil (valorando la prueba pericial no sólo en sus conclusiones, sino ponderando su fundamentación, fuerza lógica y razón de ciencia, y relacionándola con las demás pruebas), pues otra cosa equivaldría a un abandono de la potestad jurisdiccional".

Debe, pues, confirmarse la motivación del TSJ en su sentencia al valorar los extremos antes reflejados y entender que existe prueba bastante para estimar enervada la presunción de inocencia por contar con prueba bastante que ha sido anteriormente reflejada y acertadamente motivada por el TSJ en su sentencia.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 5.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 850.1 LECrim, al haberse denegado diligencias de prueba propuestas en tiempo y forma, consideradas pertinentes.

Se reclama por el recurrente la no práctica de determinados medios de prueba que propuso.

Pues bien, como bien sostiene la fiscalía, en el Auto dictado por la Audiencia Provincial con fecha 14 de diciembre de 2017, estas pruebas se declararon no pertinentes, por los siguientes motivos:

1.- De la prueba solicitada como "más pericial forense" por la defensa, la cual se inadmite, existiendo ya un informe exhaustivo pericial forense, resultando por tanto superflua e innecesaria.

2.- De la prueba solicitada como "más documental" por la defensa, la cual se inadmite, tratándose el anexo 11 de mera hipótesis en cuanto a su existencia "debería constar".

3.- De la prueba solicitada como "más documental segunda" por la defensa, la cual se inadmite al resultar igualmente innecesaria y superflua, habida cuenta de que se trata de acontecimientos posteriores a los hechos sobre los que además existe informe pericial forense.

4.- De la prueba solicitada como "más documental tercera" por la defensa, la cual se inadmite por ser irrelevante el expediente interno de Igualdad y Políticas Sociales, existiendo ya dictamen aportado en autos sobre el grado de discapacidad.

5.- De la prueba propuesta como "más documental cuarta" por la defensa, consistente en requerimiento al gimnasio de copia de las grabaciones de clientes, prueba que debería de haber sido solicitada en Instrucción, no constando por lo demás que existan cámaras de seguridad en el interior del gimnasio.

La práctica de esas pruebas fue instada de nuevo ante la Sala de Apelación que las denegó por Auto de fecha 4 de mayo de 2018, basándose en que "las pruebas solicitadas no reúnen los requisitos legales ni constitucionales para poder ser admitidas en esta segunda instancia, donde además de que la práctica de la prueba tiene carácter excepcional, sólo pueden ser practicadas aquellas pruebas a las que se refiere el artículo 790.3 LECrim, y es lo cierto que ninguno de los supuestos contemplados en el mencionado precepto se dan en el caso presente para que por esta Sala puedan ser admitidas las propuestas. Pero es que, además, hacemos nuestro el razonamiento que la Sala de Primera Instancia adujo para no admitir las mencionadas pruebas.

a.- Respecto a la pericial solicitada, por ser la misma innecesaria, al constar en el procedimiento un exhaustivo y completo informe pericial.

b.- Las documentales por ser en su caso superfluas, bien por tratarse de acontecimientos posteriores a los hechos enjuiciados, bien por existir ya informe forense y/o dictamen sobre el grado de discapacidad; bien porque su práctica debería haber sido solicitada en fase de instrucción, caso de haber existido cámaras de seguridad en el interior del local".

Pues bien, con respecto a las pruebas propuestas hay que recordar que:

1.- Explicación de las razones que afectan al ejercicio del derecho de defensa por la no admisión o no práctica de la prueba.

Es esencial que, ante la no práctica de la prueba propuesta y admitida, o ante la propuesta al inicio del juicio oral por la vía del art. 786.2 LECRIM la parte explique y exprese las razones que infringen el derecho de defensa, a fin de acreditar que la prueba era "necesaria", o si se trataba de la propuesta al inicio del juicio, además, "pertinente".



Como señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1373/2009 de 28 Dic. 2009, Rec. 703/2009 "de no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, ya que **el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca a meras infracciones de legalidad que no hayan generado una real y efectiva indefensión**.

En tal sentido, SSTs 1092/94 de 27 de Mayo , 336/95 de 10 de Marzo , 48/96 de 29 de Enero , 276/96 de 2 de Abril , 649/2000 de 19 de Abril , 1213/2003 , 474/2004 , 1545/2004 de 23 de Diciembre , 1031/2006 , 1107/2006 y 281/2009 .

Del Tribunal Constitucional, además de las más arriba citadas, se pueden añadir las SSTC 51/85 de 10 de Abril , 212/90 de 20 de Diciembre , 8/92 de 11 de Junio ; 187/96 de 25 de Diciembre ; 258/2007 ; 152/2007 ó 121/2009 y del TEDH casos Bricmont, Kotovski, Windisch y Delta, entre otros".

Como señalamos, también, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017 "Ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución.

Es carga de la argumentación del recurrente por cuanto se traduce en la doble exigencia siguiente:

- a.- El demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas.
- b.- El hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa".

2.- La prueba debe ser "necesaria".

Destaca la doctrina que la prueba denegada debe tener el carácter de necesaria, además de los restantes caracteres enumerados [STS núm. 1139/2010 de 24 de noviembre].

Es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión. Alguna resolución señala que la necesidad de la prueba tiene el doble sentido de su relevancia y su no redundancia. No toda prueba declarada pertinente resulta necesaria e imprescindible en el momento de mantener las tesis respectivas de la acusación y la defensa. En la práctica habrá que evaluar cada caso teniendo en cuenta el resto del material probatorio de que se dispuso y la incidencia que la prueba denegada tuviese en la formación de la convicción de órgano decisor para configurar la resolución definitiva del proceso.

La prueba denegada resulta inoperante cuando el veredicto está basado en el resto de la actividad probatoria desplegada y su carencia no ha suscitado ni movido la operación intelectual que lleva a la decisión impugnada.

Si la prueba denegada resulta desvalorizada y sin trascendencia no se llega a producir vulneración del derecho a utilizar todos los medios de prueba que se estimen pertinentes y no se habrá producido una verdadera indefensión de la parte afectada.

No es la prueba pertinente indebida denegada sino la prueba necesaria indebidamente denegada la que puede dar lugar a la indefensión con relevancia constitucional [STS núm. 771/2010 de 23 de septiembre].

3.- Diferencia entre prueba pertinente y necesaria.

a.- Prueba pertinente es la que es oportuna y adecuada en relación al objeto del asunto a debatir en el juicio oral. Ya debemos advertir que solo se produce la lesión al derecho constitucional de proponer pruebas cuando las inadmitidas sean, además de pertinentes, necesarias. El juicio de pertinencia, es un juicio previo del Tribunal sobre el medio de prueba cuestionado, **el juicio de relevancia es un juicio a posteriori**, sobre la necesidad de la prueba a la vista del acervo probatorio existente (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1373/2009 de 28 Dic. 2009, Rec. 703/2009).

b.- Prueba necesaria es la que se manifiesta como indispensable y forzosa, y por tanto relevante en relación a la solución dada al caso enjuiciado y que por ello debió ser conocida por el juzgador para formar su convicción en relación a la decisión adoptada.

Respecto del juicio de pertinencia no ocurre lo mismo con el juicio de relevancia o de necesidad que supone un doble enfoque:



b.1.- Uno relativo a los requisitos formales necesarios para su práctica e impugnación y

b.2.- El aspecto material relativo a la potencialidad de la prueba denegada para poder haber tenido incidencia en el fallo.

El aspecto formal se refiere a la proposición de la prueba temporáneamente, y en su protesta en caso de desestimación. Pues bien, tratándose de testigos, además de la protesta, que consta en el acta del Plenario, es lo cierto que no se hicieron constar las preguntas que se le iban a formular al testigo, lo que constituye el presupuesto para poder analizar su necesidad, cuando de la cuestión conoce esta Sala casacional. En efecto, si no se argumenta sobre su necesidad por el proponente de la prueba, se priva a esta Sala de disponer de los argumentos correspondientes para adoptar la decisión correspondiente.

4.- La prueba debe ser entendida como "relevante".

Señala la doctrina que la relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia. No obstante, aun pertinente una diligencia de prueba, cabe la denegación de una prueba propuesta cuando sea innecesaria, si la prueba producida ha alcanzado una fuerza de convicción que no pueda ser conmovida en forma alguna por las declaraciones del testigo ausente.

Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas, sino también las demás pruebas ya practicadas y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

Como quiera que el derecho a la prueba no tiene un carácter absoluto o ilimitado, no se produce menoscabo de su garantía por la inadmisión de algún medio probatorio propuesto en aplicación estricta de las normas legales (STC 246/2000). Y además y como sostiene la STC 35/2001 , tampoco toda irregularidad procesal en materia de prueba conduce a entender producida en todo caso una lesión del derecho de defensa en el sentido de comportar una indefensión efectiva.

5.- La prueba debe ser "posible".

Es preciso que sea "posible" la práctica de la prueba propuesta, como exigen las Sentencias de 23 de abril de 1992 y de 7 de febrero de 1995 , y como reitera la de 21 de marzo de 1995 "en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas" (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017).

6.-Debe explicarse la influencia que tendría o hubiera tenido la prueba en el juicio.

Sin embargo, deberá estimarse la alegación por infracción del art. 850.1.º LECrim . cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito.

7.-La trascendencia de la inadmisión.

La clave en la no práctica de una prueba se centra en lo que se denomina *la trascendencia de la inadmisión a los efectos del ejercicio del derecho de defensa*.

Debe, por ello, explicarse en el recurso cuál fue la trascendencia de la inadmisión, o de qué se privó a la parte probar que hubiera sido "decisivo" a la hora de conseguir un fallo distinto al que se dictó.

Así, como ya explicamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 645/2017 de 2 Oct. 2017, Rec. 2291/2016 , "ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución.... carga de la argumentación que se traduce en la doble exigencia de que el recurrente acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa".

Se ha explicitado ya que no era preciso abordar la práctica de estas pruebas que fueron denegadas por el Tribunal, habida cuenta que hubo prueba médica forense, pero el propio Tribunal, en cuanto al reconocimiento del síndrome de la víctima, señaló que *Si bien la defensa impugno de modo genérico el informe de la psiquiatra sra Aurelia , folio 75, solicito su declaración como testigo perito, admitiéndose dicha prueba, renunciando en el acto del Juicio a su testimonio, por lo que dicho informe no ha sido desvirtuado, tratándose de un informe emitido por psiquiatra de hospital de la Consejería de Salud, de un organismo público. Dicho informe de especialista recoge el trastorno sufrido por Matilde con una minusvalía del 33% y concluye diciendo que " ante una situación de conflicto no es capaz de enfrentarse al problema, se bloquea... por lo que es más sensible a sufrir abuso sexual".*

Pero es que en ese estado de situación el forense no podría describir si hubo abuso sexual, o no, por cuanto esa es misión del Tribunal en cuanto a la valoración de la prueba, y las discrepancias que expone el recurrente respecto a las versiones de los forenses acerca del grado de fabulación que puede tener una persona con ese síndrome, el Tribunal ha aceptado la conclusión de que esa versión de que quien sufre ese síndrome suele decir la verdad entra en la misión del Tribunal de valorar la prueba pericial, con independencia de que los estudios seguidos al respecto sobre este extremo concluyen, precisamente, que estas personas no suelen mentir y dicen la verdad de lo que les ha ocurrido. No tienen tendencia a alterar la verdad, porque para ello se introducirían en un estado de cosas de alteración de hechos ocurridos, que les alteraría de forma notoria y les llevaría a que se les detectara de inmediato que faltan a la verdad, al no poder asumir ese escenario de fabulación.

Con ello, y respecto a este extremo existían ya informes forenses (fols 78, 194 y ss) y el dictamen de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales sobre el grado de discapacidad -un 35%- (fol. 68).

Pero es que el Tribunal de instancia, con su inmediación concluye que "las manifestaciones del forense Sr Segismundo son corroboradoras de la declaración de la víctima. El referido perito que ratifico su informe obrante al folio, 194, declaro que las personas con síndrome de asperger como presente Matilde , tienen Síndrome de Asperger, su patología es nueva, es trastorno de comunicación social; personas literales, no tienen ironía, solo la literalidad de las palabras; no son capaces de averiguar la intención de las partes, no son fabuladores, son literales tanto en la expresión de sus palabras como expresiones corporales. Estaba afectada, no saben contestar a preguntas largas. Tienen fragilidad para quedarse bloqueadas. Dichos peritos insistieron en que "Tiene una patología que no permite fabulación. Se considera trastorno de la comunicación social. A una Asperger no se le puede juzgar sede nuestra posición; el otro forense Sr. Jose Ramón declaro asi mismo que , ...pueden tener coeficiente intelectual superior, tienen incapacidad para relaciones sociales, problema de comunicación, tienen incapacidad de comunicación. Es difícil que esas personas fabulen". La adición de un nuevo informe se consideró superfluo.

Además, se encontraba unido a la causa la hoja de evolución de salud mental de la víctima, emitido por el Hospital La Inmaculada (Huerca-Overa) firmado por la Dra. Aurelia -ver fol. 75-, en el que se resalta el seguimiento de que fue objeto la víctima a causa de su trastorno espectro autista síndrome de Asperger (...).

Con respecto al resto de prueba no se ha considerado necesaria ni relevante al consistir a circunstancias posteriores a los hechos.

a.- Con respecto a la Más documental primera, se solicita que se oficie a la Unidad de Policía Judicial a fin de que aporte el anexo 11 del atestado policial, relativo a la hoja de evolución de salud mental elaborado por la Unidad de Salud Mental Comunitario de Huerca Overa que debería constar entre los folios 80 y 81. Y es cierto que allí no consta, pero sí consta en el folio 75. Allí obra la Hoja de evolución de salud mental firmado por la Dra. Aurelia . Luego está solicitando algo que ya obra unido a la causa.

b.- En la Más documental segunda, se solicita que se oficie a la Unidad de Salud Mental Comunitario de Huerca Overa, a fin de que se aporte copia de asistencia y tratamiento recibido por la víctima Sra. Matilde a partir del día 4 de octubre de 2016, es decir, con posterioridad a los hechos que tuvieron lugar el día 1 de octubre de 2016, por lo que, como se recoge en los autos que inadmitieron las pruebas, se trata de una prueba totalmente superflua para el correcto enjuiciamiento de los hechos.

c.- En la Más documental tercera, se pide que se oficie a la Delegación Territorial de Almería de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas sociales, a fin de que remitan copia íntegra del expediente (...), relativo a la víctima. Pues bien, también en este caso se encuentra unida a la causa la resolución de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales reconociendo un grado de discapacidad a la misma del 35%, y obra en el folio 68. Luego el resultado del expediente que reconoce su incapacidad ya se encuentra unido a las actuaciones.

d.- Finalmente la Más documental cuarta que solicita el requerimiento al gimnasio para que aporte copia de las grabaciones de las cámaras de seguridad del interior del gimnasio (...), se trata de una prueba que (de existir), en todo caso debería de haberse solicitado no ante la Sala enjuiciadora, sino al juez instructor.



Pero es que, además, no dice en base a qué mantiene que existen dichas cámaras, cuando no hay base alguna para sostenerlo. Así, de haber existido cámaras que grababan en el lugar, lo habría resaltado el Informe de inspección del lugar realizado por la Guardia Civil, que incluso llegó a sacar varias fotos en color de las instalaciones y del propio lugar donde se produjo el hecho (ver fol. 60, foto nº 3). Tampoco las menciona la empleada del gimnasio, D^a. Dulce en sus declaraciones.

Con respecto al estudio de ADN no tiene relevancia a los efectos que se refieren los hechos probados, por lo que es prueba, también, irrelevante.

En consecuencia, las pruebas propuestas no se consideraron necesarias ni pertinentes, y el rechazo está perfectamente justificado y razonado.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Matilde .

CUARTO.- 1.- Por infracción de ley por vulneración del artículo 181 del Código penal .

Señala la recurrente que la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía le rebajó la pena un año y medio, al entender que le es aplicable el artículo 181.1 y 4 del Código penal , pena con la que no están de acuerdo, al entender que resulta errónea la inaplicación del párrafo 5º del citado artículo.

Entiende la recurrente que "Se olvida la sentencia del TSJ de la existencia de vestigios claros de manifestación de enfermedad, en la misma sentencia de la AP".

Pues bien, señala al respecto el TSJ sobre la rebaja penal provocada por la no aceptación del párrafo 5º que:

"En el presente caso, la víctima tenía en la fecha de los hechos unos 21 años de edad y presentaba un síndrome de asperger leve con trastornos de comunicación social. En el informe pericial emitido por los médicos forenses, aclarado y complementado en el plenario, nada se indicó sobre la perceptibilidad del trastorno que padece aquella, es verdad que, por lo que percibió este Tribunal en el visionado del CD del juicio, el síndrome que presenta puede pasar desapercibido al inicio de una conversación; sin embargo, tras un tiempo de examen de la misma, se aprecia su cierta discapacidad a la hora de comunicarse con el resto de personas. Como se informó en el juicio, las personas que padecen este síndrome de asperger, necesitan de preguntas muy concretas y cortas, como se observa en la respuesta a cada pregunta que se le formula en el juicio, Son personas que no conocen la maldad y sólo conocen la literalidad de las palabras.

Pues bien, como hemos dicho más arriba, el tipo penal requiere que el sujeto abuse del trastorno mental de la víctima, lo cual implica que conozca de su existencia y que, además, sepa que ese déficit intelectual impide a la persona decidir libremente sobre un determinado aspecto, aquí, su conducta o comportamiento sexual. En el caso enjuiciado, ha de prescindirse, a estos efectos del grado de minusvalía reconocido administrativamente, pues no se acredita, por lo que habrá que acudir a otros parámetros que resulten de la prueba practicada en el juicio. Matilde declaró al respecto, que hace una vida normal; que ha tenido dos parejas; que su capacidad mental no se ve afectada; que la enfermedad que padece no le impide trabajar. Por su parte, la testigo señora Dulce , manifestó que no conocía el trastorno que pudiera tener Matilde . Posteriormente supo por un compañero de trabajo que tenía algo raro. la testigo Señora Catalina que conocía a la víctima desde pequeña, por atenderla en su peluquería, manifestó que desconocía que sufriera alguna enfermedad. Finalmente, el acusado, declaró que desconocía totalmente que Matilde tuviera algún tipo de discapacidad, si afirmó que le pareció algo raro por las preguntas que le hacía.

En base a todo ello y teniendo en cuenta que el síndrome de asperger que sufre la víctima está catalogado como leve, que su retraso mental se manifestaba en el plano de su interacción social y no observándose un retraso clínicamente significativo en el desarrollo cognitivo, resulta imposible afirmar más allá de toda duda razonable que, en el momento de los hechos, el recurrente sabía, y se aprovechaba de ello, que el estado mental de la víctima la incapacitaba para decidir válidamente acerca de los hechos sufridos, haciéndola vulnerable, por lo que no es posible, por lo tanto, afirmar más allá de toda duda razonable que el recurrente fuera consciente de ese extremo. En este extremo el recurso debe ser estimado".

Pues bien, cuando el Código Penal prevé la agravación del art. 181.5 CP en relación con el nº 3 de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código quiere decir que se exige para imponer la pena en su mitad superior, que es lo que hizo la Audiencia Provincial cuando impuso su pena, que la víctima sea especialmente vulnerable.

Señala la recurrente para postular que debe apreciársele la agravación que ya le impuso el Tribunal de instancia por cuanto:



- a.- Consta el informe de la psiquiatra Sra. Aurelia , fol. 75, tratándose de un informe emitido por un psiquiatra del hospital de la Consejería de Salud, de un organismo público.
- b.- La declaración del acusado de que "era un poco rara".
- c.- Las declaraciones de Dulce , trabajadora del gimnasio quien afirmó que le pareció rara la actitud de Matilde y que preguntó al encargado del gimnasio diciéndole que tenía un poco de retraso.
- d.- El condenado ya sabía que algo le pasaba a la persona ofendida, a la víctima, que incluso no coordinaba lo que estaba diciendo.

Pues bien, ante ello hay que precisar que no es hecho probado que el condenado la conociera de antes y que pudiera llegar al absoluto convencimiento de que esta persona tenía este síndrome de Asperger, ya que este es leve, y no es suficiente para adquirir el conocimiento, y, con ello, el dolo de que se quiso aprovechar de un estado psíquico del que prevalerse para conseguir su propósito y haciendo recaer en el acusado la agravación de la vulnerabilidad de la víctima, estado que requiere de un conocimiento del sujeto por su evidencia, lo que le hace llevar aparejado un mayor reproche penal agravado por realizar el abuso sexual "aprovechándose" de la situación de la víctima por la mayor facilidad comisiva a la hora de perpetrar el delito, que es lo que lleva a aplicar la pena en su mitad superior.

En este escenario, que lo sepan terceras personas, o expertos en la materia, no permite evidenciar que el acusado conozca la existencia de este síndrome. El conocimiento debe ser personal, no que terceros detecten o aprecien ese estado en la víctima. No es suficiente dato para apreciarlo la circunstancia de que "le pareciera" rara al acusado la forma de comportarse de la víctima.

La existencia de un "conocimiento" exacto de la vulnerabilidad, y que ello quede claramente probado, y no por una mera referencia de terceros, o que en quede reflejado en informes periciales, permite hablar del plus de antijuridicidad y culpabilidad que requiere el subtipo agravado por la existencia de ese conocimiento, pero no, simplemente, porque pericialmente se ha constatado que ese síndrome existe, sino que el sujeto "se aprovechó" de ello para llevar a cabo el ataque a la libertad sexual de la víctima.

Pueden darse situaciones de presunción de "conocimiento" de la situación de vulnerabilidad de la víctima en casos evidentes de menores de edad, o de personas que sufran una enfermedad que, a juicio del Tribunal, resulte notoria, pero no en casos límites como el presente, donde la levedad, y no apreciación evidente provoca que debe el Tribunal llevar a cabo un esfuerzo motivador acerca de esa percepción evidente que lleva al sujeto a ser consciente de que esa posición de la víctima la sitúa en sujeto vulnerable para sus actos libidinosos. Pero ello no es suficientemente acreditado, ya que, como hemos señalado, que parezca "rara", y que ello también le parezca a terceros no lleva la presunción de esa seguridad de que el sujeto merece el plus de reprochabilidad penal.

Sobre este punto ya señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1503/2005 de 19 Dic. 2005, Rec. 2404/2004 que:

"La situación de la víctima es una de las posibilidades que pueden determinar una especial vulnerabilidad, según se recoge en el artículo 180.1.3ª del Código Penal . El texto legal ha sido criticado doctrinalmente por su falta de definición. En su aplicación deberán concretarse con claridad cuáles son las circunstancias en las que se encuentra la víctima que determinan una mayor dificultad para defenderse de la acción del autor del delito, hasta el punto de dar lugar a una especial vulnerabilidad, la cual ha de ser superior a la ya necesaria para la ejecución del hecho. En el caso de abusos sin consentimiento, para superar la negativa de la víctima a la acción del autor".

Sin embargo, debemos considerar que una cosa es el dato objetivo de la existencia de una situación de vulnerabilidad después de un estudio al respecto, y otra que en situaciones no claramente evidentes se exija un conocimiento de la vulnerabilidad que atraiga el plus de antijuridicidad y culpabilidad de la conducta.

Recuerda la doctrina sobre la circunstancia 3.ª del art. 180.1 CP que hace depender la agravación de la concurrencia de situaciones de "vulnerabilidad personal" excesivamente genérica. En los casos de minoría de edad el conocimiento del sujeto activo debe abarcar la circunstancia de la edad de la víctima. El art. 180.3.º CP aglutina en consecuencia cuatro circunstancias que configuran la agravación -vulnerabilidad por edad, enfermedad, situación, y en todo caso ser menor de 13 años-. Solo ésta opera "con carácter absoluto en casos de ser la víctima menor de trece años. Las demás exigen una cumplida acreditación fáctica" (STS 217/2008, de 24 de abril). Habida cuenta de la dualidad de tipificación prevista en el Código Penal, los atentados contra la libertad sexual de menores de trece años deben llevarse al ámbito de la agresión sexual -cuando se hubiese empleado violencia o intimidación- o al ámbito del abuso sexual cuando falten tales elementos (STS 131/1998, de 9 de febrero).



Pero debemos concluir que no basta el dato fáctico de esa enfermedad que conlleva la agravación, sino su evidencia para el actuar del sujeto, que es lo que atrae la agravación por su aprovechamiento, ya que si no existe ese conocimiento de la vulnerabilidad por el sujeto no existe este "aprovechamiento" que atrae la agravación y el mayor reproche penal.

En un tipo penal de estas características es posible que ciertas particularidades de la víctima, que serán de analizar en cada caso concreto, determinen su vulnerabilidad, y por ello incrementen el desvalor del hecho justificando la agravación de la pena respecto del tipo básico, pero exigen que atendidas las características de la víctima sea apreciable la vulnerabilidad de forma notoria, y que "sea rara" no lo evidencia, aunque posteriormente exista un informe que lo objetive, ya que esta circunstancia es plenamente objetiva, y el conocimiento de la vulnerabilidad subjetiva, aunque esta debe manifestarse de forma clara y evidente, lo que no es el caso, según ha reconocido el TSJ en su sentencia.

Por ello, estima la doctrina que en estos casos estima el legislador que la víctima, en razón a sus circunstancias personales edad, enfermedad o al contexto en el que se desenvuelve situación, dispone de menos recursos para defenderse de los ataques frente a su esfera sexual, que es lo que aquí ha ocurrido, pero que reaccione de una manera concreta, como aquí pudo suponer que le dijera que no quería seguir y que parara.

De suyo, el Tribunal de instancia apunta que " **ella no quería y le dijo que parara, no se defendió físicamente porque estaba bloqueada**. No lo consintió en ningún momento. *El le dio el beso, ella se levantó y se fue. Dichas manifestaciones en el acto del Juicio son idénticas en su esencia a las realizadas ante la Guardia Civil, folio 21, y las realizadas en el Juzgado de Instrucción, folio 140. Es más, a pesar de las dificultades que tenía la víctima para entender las preguntas complejas no observamos contradicción alguna*".

Insiste la doctrina en el "conocimiento" cuando añade que esta cualificación tiene su fundamento en el especial reproche que supone el aprovechamiento consciente por parte del sujeto activo de una situación de superioridad frente a la especial debilidad de la víctima por su edad, enfermedad o situación, que implica en la práctica, **mayores dificultades para oponerse a las pretensiones sexuales del agresor**. Esta circunstancia exige la concurrencia de los **elementos objetivos y del conocimiento y aprovechamiento por parte del agente de los mismos**.

Sin embargo, como postula la Fiscalía, debe hacerse desaparecer de los hechos probados la frase que dice "sabiendo que Matilde presenta algún tipo de discapacidad, aprovechándose de ello ...", ya que en la sentencia del TSJ se suprime la agravación, pero se mantiene el hecho probado.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 2.- Por vulneración del artículo 24 de la CE, que exige un proceso público y con todas las garantías.

Se apunta que la sentencia de apelación vulnera el principio de inmediación, pero los límites que postula el recurrente en torno a los pronunciamientos del TC se refieren más a una garantía que rige sólo para aquellos acusados absueltos o que han sido condenados a penas menores que las impuestas con posterioridad. En tales casos no es posible resolver sin la apreciación directa del testimonio de los testigos y sobre todo del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa. Pero siempre referido a pronunciamientos condenatorios posteriores a la resolución impugnada, no en aquellos casos, como el presente, donde el TSJ no ha apreciado que quede suficientemente motivada la existencia del "conocimiento" de la situación de vulnerabilidad de la víctima. Y es esta ausencia de prueba eficaz acerca del mismo lo que le lleva a descartar la agravación de la penalidad y situarla en la impuesta, aunque con la adición de un día para ubicarla en la mitad superior que exige la concurrencia de la agravante de reincidencia.

Lo que lleva a cabo el TSJ es sostener y motivar la existencia de una duda razonable en beneficio del reo acerca de la concurrencia del conocimiento de la vulnerabilidad, y concluir que de la prueba expuesta por el Tribunal este conocimiento no queda suficientemente acreditado en modo alguno.

No puede, por ello, confundirse el principio de inmediación con la interpretación que puede llevar a cabo el Tribunal de apelación, ante un recurso, y estimar la errónea apreciación de una agravación de la conducta del acusado, y, por ello, suprimir de la condena esta agravación, y, por ello, rebajar la pena impuesta por el Tribunal de instancia, sin que ello produzca o conlleve que se vulnere la inmediación, porque lo que ello impide es que se lleve a cabo una valoración de la prueba por el Tribunal de apelación y alterando los hechos probados imponga pena mayor, o condene cuando se había absuelto al acusado en base a esta inmediación.

Pero ello no impide llevar a la práctica lo actuado por el TSJ que es dejar de aplicar una agravación de la responsabilidad penal del acusado en virtud de un recurso de apelación que postulaba la supresión de la misma, cuando resulta evidente que la prueba que ha sido tenida en cuenta por el Tribunal de instancia no



conlleva una "autorización" tipificadora para aplicar la agravación del art. 181.5 CP en relación con el nº 3 del art. 180.1 CP

SEXTO .- 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 A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones del acusado Eusebio y de la Acusación Particular Matilde , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, de fecha 5 de julio de 2018 , que estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación del citado acusado contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería de fecha 9 de febrero de 2018 , condenando al recurrente como autor de un delito de abuso sexual. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos, con pérdida del depósito constituido por la Acusación Particular. 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.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina