

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
SECCIÓ D'APEL·LACIÓ DE LA SALA CIVIL I PENAL**

Recurso de Apelación contra sentencia nº 279/24

Procedimiento Sumario 27/23,

Sección Vigésimo Primera Audiencia Provincial de Barcelona

Procedimiento Sumario 1/23, Juzgado de Instrucción 15 de Barcelona

S E N T E N C I A N° 109/2025

Tribunal.

Àngels Vivas Larruy

Roser Bach Fabregó

María Jesús Manzano Messeguer

Manuel Álvarez Rivero

En Barcelona, a 28 de marzo de 2025,

Visto por la Sección de Apelaciones de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por tribunal expresado al margen, el Rollo núm. 279/24 formado para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia nº 68/2024 de 22 de febrero de 2024 dictada por la Sección Vigésimo Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 22 de febrero de 2024, en su Rollo de Procedimiento 27/2023, en el que figura como acusado D. A. d. S., representado por la procuradora Ana Orovio Forcano, y defendida por la abogada Inés Guardiola Sánchez. El Ministerio Fiscal ha ejercido la acusación pública. Ha ejercido la Acusación Particular DDDDDDDDDDD, representada por la procuradora Susana Puig Echeverría y defendida por la abogada Ester García López.

Ha sido ponente la magistrada Àngels Vivas Larruy en esta resolución expresa el parecer unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES PROCESALES

ACEPTANDO los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y

1. La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: "En fecha 31 de diciembre de 2022, sobre las 02:45 horas, el acusado D. A. D. S., mayor de edad y sin antecedentes penales, con doble nacionalidad brasileña y española, con el DNI número 0000000, acudió junto con su amigo T1 a la discoteca Sutton sita en la calle Tuset nº 13 de la localidad de Barcelona. Una vez en su interior accedió a la zona reservada denominada "Moet" y concretamente se ubicó en la mesa nº 6 que tiene acceso en exclusiva al reservado denominado "Suite", de lo que tenía pleno conocimiento el acusado al ser cliente habitual de la discoteca y de esa zona reservada en particular.

La mesa 6 colinda con una puerta que da acceso a dicha "Suite". Una vez traspasada la puerta se encuentra un pasillo donde hay otra puerta que da acceso a un pequeño aseo, así como unas escaleras que suben a una sala donde hay un sofá, un televisor y una nevera. Tanto el aseo como la habitación son de uso exclusivo para los clientes de la mesa 6. Una vez D. A. y su acompañante ocuparon la mesa 6, un empleado de la discoteca Sutton colocó una catenaria que separaba la mesa 6 y la puerta de acceso a la "Suite" del resto de la zona VIP "Moet".

Sobre las 02:30 horas del día 31 de diciembre de 2022 accedió a la discoteca Sutton la Sra. DDDDDD, nacida el XXXXXX de 1999, acompañada de su prima T2 y su amiga T3. Las tres chicas estuvieron en la sala general y posteriormente, sobre las 02:50 horas accedieron a la zona reservada denominada "Moet" al ser invitadas por un grupo de chicos mejicanos.

El acusado y su acompañante, tras invitar a dos mujeres a su mesa en la zona VIP, solicitaron a un camarero del local que invitara a DDDDDD y a

sus dos amigas a tomar una copa de champán con ellos. Inicialmente las chicas rechazaron la invitación, si bien a un segundo requerimiento del camarero, acudieron a la mesa donde se encontraba D. A. con su amigo, siendo las 03:20 horas.

Al llegar a la mencionada mesa nº 6, las otras dos mujeres antes referidas abandonaron el lugar, quedándose únicamente allí los dos hombres y la Sra. DDDDD y sus dos acompañantes. El procesado, que disponía en su mesa de una botella de Champagne Moet rosado mágnum, de 1,5 litros, invitó a cada una de las chicas a una copa de champán, y estuvieron los cinco bailando y charlando en la zona de la mesa nº 6. El procesado y la Sra. DDDDD estuvieron hablando y bailando juntos, sin que haya quedado acreditado que el acusado cogiera la mano de la denunciante para llevársela a su pene ni que la Sra. DDDDD tocara voluntariamente el pene del acusado.

Tras haberlo acordado con la Sra. DDDDD, sobre las 03:42 horas el procesado D. A. se dirigió a la puerta colindante con su mesa, que da acceso a la denominada "Suite" y accedió a su interior. Dos minutos después accedió la Sra. DDDDD.

Una vez allí, y sin que conste acreditado ni que el acusado introdujera el pene en la boca de la denunciante ni que esta accediera voluntariamente a practicar una felación al Sr. A., el acusado pretendió penetrar vaginalmente a la víctima, para lo que haciendo uso de su mayor fuerza, la tiró al suelo, golpeándose la Sra. DDDDD con la rodilla.

La víctima solicitó a D.A. que la dejara marchar, que quería salir de allí, no permitiéndoselo el procesado. La víctima, al encontrarse en esta situación, en ese pequeño aseo sin posibilidad de salida por impedírselo el Sr. A. y ante la actitud violenta que éste mostraba, se sintió impresionada y sin capacidad de reacción, llegando a sentir que le faltaba el aire dada la situación de angustia y terror ante lo que estaba viviendo.

Tampoco ha resultado probado que el Sr. A. tratara de practicar sexo oral a la Sra. DDDDD levantándola del suelo y colocándola en el lavamanos de espaldas a él.

Finalmente, el procesado utilizando su fuerza física, venciendo con ello la oposición de la Sra. DDDD la colocó inclinada sobre el retrete, donde la penetró vaginalmente con su pene hasta eyacular dentro de ella, sin usar preservativo y sin su consentimiento.

Inmediatamente después, siendo las 04:00 horas, el procesado salió del aseo dejando allí a la víctima y se dirigió hacia su mesa, donde cogió una copa y se alejó hacia otra mesa distinta. Unos segundos después salió la víctima, que se dirigió hacia su prima y le pidió marcharse del lugar, haciéndolo ambas sin despedirse de D. A., pero sí de su acompañante.

Al caminar hacia la salida de la discoteca la víctima rompió a llorar por lo sucedido, siendo atendida por personal de la discoteca, que activaron el Protocolo de Agresiones sexuales. Mientras el personal de Sutton atendía a la víctima llorando en el pasillo de salida de la discoteca, el Sr. A. y su acompañante abandonaron la misma con rapidez, a las 04:06 horas, cruzándose con la Sra. DDDDDD y sus amigas en dicho pasillo y sin dirigirle palabra alguna ni a ella ni a sus amigas.

La víctima DDDDDD fue acompañada en ambulancia al Hospital Clínic, donde efectuaron la correspondiente exploración médica la ginecóloga de guardia y el médico forense, que recogieron muestras del cuerpo y ropas de la víctima para su posterior estudio, administrándosele tratamiento profiláctico.

En el curso de estos hechos, la víctima sufrió lesiones en la rodilla consistentes en excoriación de 2x1 cm a nivel inferolateral de rodilla izquierda con tres equimosis adyacentes, la mayor de 1 cm de diámetro, restando como secuela una cicatriz, según informe del médico forense, que precisó de una sola asistencia facultativa para su curación.

Asimismo la víctima presenta sintomatología de tipo ansiosa depresiva con somatizaciones, compatible con un trastorno secundario a un hecho estresante o traumático, persistiendo la sintomatología postraumática con una intensidad globalmente elevada con repercusión funcional a nivel laboral y social, no siendo posible determinar qué proporción de la sintomatología está exclusivamente relacionada con el hecho traumático

sufrido y cuál estaría modulada por el estrés ambiental posterior que actuaría como un factor ansiogénico potenciador, sobreañadido.

La víctima presenta sintomatología postraumática activa y con indicadores psicométricos significativos en todos sus componentes o factores sintomáticos: el impacto es significativo en el funcionamiento de la persona con una afectación de las áreas personal, socio familiar y de salud física y mental; no se encuentran indicadores caracterológicos o de la personalidad de base disfuncionales o desadaptativos previos a los hechos. La víctima sufre en la actualidad un trastorno de estrés postraumático de intensidad globalmente elevada, con repercusión funcional y deterioro en varias áreas del funcionamiento, siguiendo tratamiento por ello. A fecha de celebración del juicio seguía de baja laboral, desde que se produjeron los hechos.”

2. Dicha Sentencia contiene el siguiente fallo: “Que CONDENAMOS a D. A. D. S. como autor responsable de un delito de violación de los artículos 178 y 179 del Código Penal, concurriendo la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 CP a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la pena de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS, la cual deberá ejecutarse con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión de conformidad con el artículo 192.1 del C.Penal.

Asimismo se impone al acusado como pena accesoria la prohibición de que se acerque a DDDDDD así como a su domicilio y lugar de trabajo, o a cualquier otro lugar frecuentado por la misma, en un radio de 1000 metros, y prohibición de que se comunique con ella por cualquier medio, por un periodo de nueve años y seis meses.

Se impone igualmente la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo, cargo público, profesión u oficio relacionados con menores de edad por tiempo de 5 años superior a la pena privativa de libertad impuesta, esto es NUEVE AÑOS Y SEIS MESES.

En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a DDDDDD en la cantidad de CIENTO CINCUENTA MIL EUROS por el daño moral padecido y las lesiones producidas. Dichas cantidades devengarán el interés legal incrementado en dos puntos de conformidad con el art. 576 de la LECivil.

CONDENAMOS A D. A. D. S. como autor responsable de un delito leve de lesiones a la pena de 2 meses de multa con una cuota diaria de 150 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 CP.

Para el cumplimiento de la pena que se impone, se declara de aplicación y se debe computar todo el tiempo que el acusado hubiere estado privado de libertad por esta causa, siempre que no se le hubiere computado en ninguna otra.

Se condena al acusado al abono de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular."

3. Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal D. A. d. S., de DDDDD y por el Ministerio Fiscal, fundamentándolo en los motivos que constan en los diversos escritos articulando los recursos recurso.

4. En fecha 27 de febrero, se dictó auto de aclaración sobre la sentencia en el que estimado en parte la propuesta de la defensa se modificaba la mención del antecedente cuarto referido a las conclusiones definitivas para hacer constar que la RC se cifraba en 50.000 euros, con el siguiente tenor: "Donde dice interesándola imposición de una pena de un año de prisión y que se estableciera la responsabilidad civil de 150.000 euros, "debe decir : interesando la imposición de una pena de prisión de un año y la responsabilidad civil de 50.000 euros." (...) "No ha lugar al complemento de los hechos probados."

Admitido el recurso y dado traslado por diez días a las partes para que presentasen escritos de impugnación o adhesión, fue impugnado, el de la Defensa por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Particular, y el de las acusaciones por parte de la defensa de D. A..

La causa tuvo entrada en secretaría del Tribunal en fecha 21 de junio de 2024, habiéndose solicitado prueba en segunda instancia que ha sido resuelta por auto de fecha 18 de febrero de 2025, y en suplica por auto de fecha 17 de marzo de 2025.

El asunto, que no es urgente ya que no se trata de causa con preso, ni preferente, pues no afecta a menores ni se ha seguido ante el Tribunal del Jurado, se ha sometido al turno ordinario de reparto de conformidad con las normas de vigentes.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO. - No se admiten íntegramente como tales los así declarados en la sentencia de instancia. Y quedan redactados del siguiente modo:

NUEVOS HECHOS PROBADOS

1. El 31 de diciembre de 2022, sobre las 02:45 horas, D. A. d. S., acudió junto con su amigo T1 a la discoteca Sutton sita en la calle Tuset nº 13 de Barcelona. Una vez en su interior accedió a la zona reservada VIP denominada "Moet" y se ubicó en la mesa nº 6 que tiene acceso en exclusiva al reservado denominado "Suite" con el que colinda, quedando acotado el espacio de dicha mesa del resto de la zona VIP por una catenaria. La suite está compuesta por un pasillo donde hay otra puerta que da acceso a un pequeño aseo, así como unas escaleras que suben a una sala donde hay un sofá, un televisor y una nevera.

2. Sobre las 02:30 horas del día 31 de diciembre de 2022 entraron a la discoteca Sutton DDDDDD, acompañada de su prima T2 y su amiga T3.

Después de haber estado en la sala general, y haber accedido luego, sobre las 02:50, a la zona reservada VIP "Moet" invitadas por un grupo de chicos Mejicanos, a las 03:20 horas se trasladaron, por invitación expresa, a la mesa 6 en la que estaba D. A. con su amigo T1.

2. Los cinco tomaron copas de la botella de champagne, bailaron y charlaron en la zona acotada de la mesa nº 6. D. A. y DDDDDD, en

particular, estuvieron hablando y bailando juntos de forma más próxima e íntima, acordando entrar en el privado del reservado donde se encontraban.

Así, a las 03:42 horas D.A. se dirigió a la puerta colindante con su mesa, y entró en la "Suite". Dos minutos después accedió DDDDDD. Una vez ambos en el interior de la "suite" mantuvieron relaciones sexuales, con penetración vaginal, en el aseo de la misma.

3. Por el informe biológico, se ha detectado, mediante el análisis del hisopo bucal recogido a DDDDDDD, restos de esmegma coincidentes con el ADN de D. A. d. S..

4. DDDDDDD, tuvo una lesión en la rodilla izquierda, consistente en excoriación de 2x1 cm a nivel inferolateral con tres equimosis adyacentes, la mayor de 1 cm de diámetro, restando como secuela una cicatriz, que precisó de una sola asistencia facultativa para su curación.

Cuando se celebró el juicio se encontraba de baja médica por ansiedad generalizada.

5. D. A. depositó la cantidad de 150.000 euros

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se procede al análisis en primer lugar de los recursos de las acusaciones, habida cuenta de que el Ministerio Fiscal solicita la nulidad parcial de la sentencia.

Recurren los apelantes por los siguientes motivos:

1. Recurso del Ministerio Fiscal:

1.1. Infracción de normas del ordenamiento jurídico, por indebida aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño del art. 21. 5º del CP. Consideraciones sobre el recurso de apelación. Ausencia, en la sentencia, de argumentos que permitan la aplicación de la atenuación por reparación del daño.

1.2. Subsidiariamente, por infracción de los arts. 9.3 y 24.1 de la CE, que prohíben la arbitrariedad de los poderes públicos y garantizan la tutela judicial efectiva y error en la apreciación de la prueba, motivos que trata conjuntamente.

Finaliza el recurso solicitando que se declare la nulidad de la sentencia y con posterior envío al tribunal sentenciador para que se corrija el error advertido, y se dicte otra realizando una valoración correcta de la prueba practicada en el acto del juicio y se observen las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva y al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, condenando por agresión sexual con penetración sin circunstancias atenuantes, a la pena interesada por el Ministerio Fiscal.

2. Recurso de la Acusación Particular:

2.1. Infracción del art. 21.5 del CP en relación con el art. 24 de la CE.

2.2. Infracción de los arts. 66 y 72 del CP en relación con el art. 24 de la CE art.24. Falta de motivación. en la aplicación de la pena impuesta. Individualización de la pena.

Finaliza el recurso solicitando que se revoque parcialmente la sentencia en el sentido de condenar a D. A. d. S. como autor de un delito de agresión sexual del art. 178 y 179 del CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de 12 años de prisión más las accesorias interesadas en las conclusiones, y subsidiariamente que se le condene como autor del mismo delito, con la concurrencia de la atenuante simple de reparación del daño a la pena de 8 años de prisión.

3. Recurso de la Defensa de D.A.d.S

3.1. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, en el cauce del art. 846 bis b, y 846 ter relación al 846 Lecrim. por vulneración del derecho de defensa y procedimiento con todas las garantías, que subdivide en las siguientes impugnaciones: Sobre la identificación del autor, infracción del art. 248 Lecrim, indefensión material. Sobre el no

acceso a las actuaciones una vez formalizada la denuncia y vulneración de derecho de defensa. Sobre la denegación el acceso a las actuaciones en fecha 17 de enero de 2023 y sobre la consecuencia de estimación del motivo, mediante la reparación de la vulneración de derechos.

3.2. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter Lecrim en relación al derecho fundamental a la defensa y los medios de prueba, en relación a la denegación de prueba a documental, propuestas el trámite de cuestión previa; que desglosa en la inadmisión indebida de la documental, y la consecuencia de estimación del motivo.

3.3. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter Lecrim en relación al derecho fundamental a la defensa y los medios de prueba, por la denegación de prueba anticipada.

Lo desglosa en los apartados: sobre estatuto de la víctima vs derecho fundamental a los medios de prueba y sobre la presencia del perito de parte vs la intervención en la exploración de la denunciante.

3.4. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter en relación al 846 Lecrim, por vulneración del derecho fundamental de la presunción de inocencia, un procedimiento con todas las garantías y a un juez imparcial, con motivo de la existencia de un juicio paralelo en medios y sociedad con impacto en el presente procedimiento.

Que desglosa, en su vertiente procesal, mediante la acreditación del juicio paralelo y sobre el impacto en el procedimiento; y en la vertiente extraprocesal en la vulneración del derecho fundamental; así como sobre las consecuencias de estimación del motivo del derecho fundamental lesionado.

3.5. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter en relación al 846 Lecrim, por vulneración del derecho fundamental de la presunción de inocencia, un procedimiento con todas las garantías y a un juez imparcial y a un procedimiento con todas las garantías en conexión con el juicio paralelo.

3.6. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter en relación al 846 Lecrim, por vulneración del derecho fundamental al derecho de defensa, a un recurso efectivo, a la tutela judicial efectiva, y a un procedimiento con todas las garantías (ex.art.24 CE) en relación a la pixelación y distorsión de la voz de la denunciante.

3.7. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter en relación al 846 Lecrim, por vulneración del derecho a ser informado de la acusación y del derecho a un proceso con todas las garantías art. 24.2 CE, al no haberse imputado nunca en fase de instrucción un delito de lesiones a mi mandante no siendo procesado por dicho delito tampoco y subsidiariamente prescripción del delito leve de lesiones.

3.8. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter en relación al 846 Lecrim, por vulneración del derecho a ser informado de la acusación y del derecho a un proceso con todas las garantías art. 24.2 CE, al haber excedido los escritos de acusación del contenido fáctico del auto de procesamiento.

3.9. Infracción del precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex.art.846 bis b, y 846 ter en relación al art.790.2Lecrim. (art.24 CE) en relación a un hecho declarado no probado.

3.10. Infracción del precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex.art.846 bis b, y 846 ter en relación al art.790.2 de la Lecrim, (art.24 CE) por razonamiento irracional y valoración unidireccional de la prueba.

3.11. Infracción del precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia ex art. 846 bis b y 846 ter en relación con el 790.2 Lecrim, por la no aplicación de las máximas de experiencia en la relación con la posición de las huellas dactilares e innecesidad de la práctica de la prueba pericial al respecto.

3.12. Infracción de ley, ex art. 846 bis c) letra b Lecrim. por indebida aplicación del elemento típico de violencia ex. Art. 178.2 CP, en relación

con el art. 179CP consecuencia de la infracción del precepto constitucional (24CE) y error iuris.

3.13. Infracción de ley ex art.846 bis c) letra b) Lecrim, por indebida aplicación de error de tipo ex. Art.14CP, formulado de forma condicionada a la estimación del punto anterior (relativo a la no concurrencia de la violencia).

3.14. Infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex art. 24 CE ex art.846 bis b) y 846 bis ter Lecrim e infracción de ley ex art. 846 bis c) letra b) Lecrim por indebida inaplicación de la atenuante de reparación del daño ex art. 21.5 CP como muy cualificada ex art. 66.1.2 CP.

3.15. Infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex art.24 CE, ex. art. 846bisc, letra b, Lecrim, por indebida inaplicación de la atenuante de embriaguez ex. Art. 21.1 del CP en relación con el art. 20.2 CP o art. 21.7 CP en relación con el 20.2 CP.

3.16. Infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex art. 24 CE ex art.846 bis b) y 846 bis ter Lecrim e infracción de ley ex art. 846 bis c) letra b) Lecrim por indebida inaplicación de la atenuante de analógica de presunción de inocencia ex. Art. 21.7 en relación con el 24 CE.

Finaliza el recurso solicitando: que se le estime el recurso, absolviendo por el delito de violación o en su caso se estimen los restantes motivos.

En el mismo escrito por otrosí interesa que se practique prueba en segunda instancia, en base a que la propuesta en cuestiones previas fue indebidamente inadmitida, y reitera nuevos medios de prueba. Sobre ello ya se ha resuelto en el auto de esta Sala, referenciado en los antecedentes.

4. Recurso del Ministerio Fiscal

4.1. Primer motivo: Infracción de normas del ordenamiento jurídico, por indebida aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño

del art. 21. 5º del CP. Consideraciones sobre el recurso de apelación. Ausencia de argumentos que permitan la aplicación de la atenuación por reparación del daño.

En este punto, después de transcribir los hechos y parte de los fundamentos de la sentencia, significa que:

- a) La atenuante no se deduce de los hechos probados; la complementación de sentencia solicitada por la defensa para incluir en los mismos que se había ingresado la cantidad de 150.000 euros antes del juicio, fue rechazada; y a que, la defensa interesó, en conclusiones definitivas de forma alternativa, para el caso de condena, que la cantidad de RC debía fijarse en 50.000 euros.
- b) Considera además que, al no tener base fáctica no puede apreciarse la atenuante y la pena a imponer es de 9 años de prisión; lo que, a su decir, encuentra la justificación en el propio fundamento décimo de la sentencia que al individualizar la pena tiene en cuenta la edad de la víctima y los perjuicios causados al inicio de su vida laboral, así como las secuelas.
- c) Añade que, al interesar la defensa de forma alternativa (lo reconoce) la cantidad 50.000 euros en caso de condena, hubiera resultado que, si la denunciante hubiera retirado el dinero ofrecido, se vería en la obligación de devolver 100.000 euros lo cual, a su decir, ni sería reparación (los 50.000 euros) sino que supondría una humillación.

4.1.1. Sobre la cuestión planteada deben clarificarse varios extremos: de una parte, cabe la integración, en beneficio del reo, de hechos que el Tribunal de instancia no haya incluido en el relato fáctico. Que rechazara luego la complementación de la sentencia interesada por la Defensa para incluir en el relato fáctico el depósito de 150.000 euros antes del juicio, no impide que se considere ese extremo, pues es un hecho que consta objetivado en autos, al que alude la sentencia en la fundamentación de forma expresa.

La posibilidad de integración en favor del reo, está establecida por el Tribunal Supremo, y lo hemos recogido en otras resoluciones de la sala, así en la sentencia nº 370 Rollo de sala 396/23 de fecha 19 de

noviembre, en uno de cuyos pasajes indicamos: "La posibilidad de integrar la declaración de hecho probados con elementos fácticos contenidos en la fundamentación jurídica ha sido admitida por la jurisprudencia cuando no opere en perjuicio del reo y no se ocasione indefensión a las partes acusadoras. En este sentido la STS 733/2021 de 29 de septiembre establece en un pasaje: "*Al hilo de ello, apuntar que, si bien esta Sala ha cuestionado de forma reiterada la inhabilidad del método de la heterointegración del hecho probado con fragmentos fácticos distribuidos por la fundamentación jurídica, lo ha sido siempre que mediante dicha técnica irregular pueda perjudicarse a la persona acusada. De tal modo, cuando la heterointegración sea posible en beneficio de la persona acusada y, además, se descarte indefensión de las partes acusadoras, porque han conocido la integridad de las razones absolutorias, aquella debe admitirse. Lo que acontece con toda claridad en el caso que nos ocupa*". En el mismo sentido la STS 814/2021 de 27 de octubre de 2021: "*Es cierto, no obstante, que, en ocasiones, se han dulcificado las consecuencias casacionales de un relato de hechos probados incompletos, permitiendo una suerte de heterointegración, pero siempre que los datos preteridos u omitidos en el correspondiente apartado de la resolución aparezcan en términos suficientemente precisos y descriptivos en la fundamentación jurídica y, siempre, además, que no se refieran a los hechos nucleares sobre los que gira el juicio de responsabilidad penal. El Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de Casación de 28 de marzo de 2006 recuerda " la necesidad de incorporar a la declaración de hechos probados los aspectos básicos del tipo objetivo, dejando para cada caso concreto la posible heterointegración de los elementos accesorios acudiendo a la motivación o razonamiento jurídico siempre que pueda identificarse con la necesaria precisión y contundencia de tales datos como probados".*

De manera que incluso el argumento de que no se integró el dato en los hechos al rechazar la complementación alegando el tribunal de instancia que implicaba una reevaluación de la prueba es prescindible. Es cierto que el tribunal de instancia hubiera podido profundizar en el tema y analizar las implicaciones o consecuencias de la afirmación, pero el dato

objetivo de la entrega de los 150.000 euros en el momento de ser requerido el acusado, y los términos en los que se hace, no se modifica.

En definitiva, la no inclusión en el hecho probado y el rechazo de la complementación no varía la consideración de que efectivamente se ha depositado la cantidad antes del juicio, como consta y se reconoce por la sentencia y por todas las partes, por lo que no puede excluirse la posibilidad de su integración, al ser en favor del reo y no versar sobre los hechos nucleares del juicio de responsabilidad penal.

4.1.2. El segundo argumento de la recurrente, Ministerio Fiscal, para sostener que el depósito no puede tener valor reparatorio y por tanto debe excluirse la atenuante apreciada por el Tribunal de Instancia, se sustenta sobre la idea de que, si la denunciante hubiera accedido al dinero depositado (150.000 euros) como pedía la Defensa, en caso de condena si hipotéticamente se hubiere declarado una Responsabilidad Civil inferior, la denunciante tendría que haber devuelto la diferencia, lo cual excluye la reparación y además considera que es humillante para la “victima”.

El argumento, de posible devolución (que en esa línea argumental sería no cobrarlo todo pues, la víctima en este caso, no ha querido recibirla), solo puede situarse a nivel dialéctico en la posición de negar que la entrega y depósito de 150.000 euros por parte de la persona acusada, lo fue sin ningún tipo de condicionamiento. Sin embargo, esa entrega, sin ningún tipo de condicionamiento es la forma que describe y fija expresamente la sentencia de instancia, y es el hecho sobre el cual asienta la atenuante de reparación del daño que reconoce.

El dinero se depositó sin condición alguna para ser entregado a la víctima con independencia del resultado del juicio, y antes de su celebración. Por tanto, no hay infracción de ley como denuncia la recurrente, debiéndose estar a la integración que se hace en la fundamentación de la resolución dictada en instancia, ello sin perjuicio de que recojamos este hecho en el relato factico que hemos modificado, y de que, al resolver el segundo motivo del recurso relativo a la valoración de la prueba, trataremos otros aspectos.

4.1.3. Rechazamos la referencia a que el acusado se benefició de una rebaja penal ya derogada. Al acusado se le aplicó la ley vigente en referencia las fechas de los hechos. No es aceptable esta premisa para sostener que debe aumentarse la pena hasta 9 años de prisión porque los hechos son graves, denunciando la recurrente que la sentencia incurre en infracción de ley. No puede obviarse el contenido del art. 66.1 CP y 62.2 CP que acota la aplicación de la pena, lo que trataremos al resolver el siguiente punto del recurso. El motivo que plantea no puede tener acogida.

4.2. Segundo motivo: Subsidiariamente, recurre el Ministerio Fiscal, por quebrantamiento de normas o garantías procesales. Infracción de los arts. 9.3 y 24.1 de la CE, que prohíben la arbitrariedad de los poderes públicos y garantizan la tutela judicial efectiva y error en la apreciación de la prueba (motivos que trata conjuntamente).

Se sustenta el motivo en que: el dinero se deposita por el acusado, al ser requerido al dictarse el auto de procesamiento, y en que, en ningún caso tal entrega lo ha sido de forma incondicional. Menciona extractos de los escritos de defensa en relación a la fianza depositada, citando: "*(..) que se entregue a la víctima la cantidad consignada en concepto de fianza por el daño moral que pueda declararse en sentencia para el eventual caso que se dieran por probados los hechos objeto de acusación*". Lo que, a su entender, excluye el pago de forma incondicional.

De ello sigue que no puede privilegiarse con la atenuante, fijándose en el elemento temporal y en la no incondicionalidad, citando varias sentencias sobre la aplicación de la atenuante los requisitos exigibles, dejando constancia de la posición restrictiva del TS con cita de sentencias entre ellas la STS 419/2023 de 31 de mayo, sobre los efectos del momento de la consignación, la STS169/2021 de 25 de febrero, (que referencia la STS661/2020 de 3 de diciembre) y la STS631/2020 de 23 de noviembre. La STS145/2020 de 14 de mayo sobre la justificación y razonamiento de la aplicación de la atenuante. Añade que hay un error en la sentencia de instancia, y que es arbitraria la consideración de que el acusado quiso entregar el dinero incondicionalmente error que ha sido provocado por la

Defensa en sus escritos, pero que sin embargo rechaza complementar porque “debería reevaluar la prueba”. (sic en el auto de no complementación post sentencia).

4.2.1. Hemos de puntualizar que, las frecuentes invocaciones a la arbitrariedad para justificar la impugnación las entendemos constreñidas a la proscripción que hace el art. 9.3CE éste, lo que prohíbe en síntesis es la utilización de la vía de hecho, sin apoyo ni soporte normativo, o sin legitimidad lo que no sucede en los tribunales; otro tema que pueda impugnarse que el razonamiento sea insuficiente, irracional o que las resoluciones carezcan de motivación. En suma, lo que se prohíbe es la actuación al margen de la norma.

No nos parece que, en este punto haya contradicción en la sentencia impugnada, hemos dicho ya que cabe la integración de hechos contendidos en los fundamentos si son en beneficio del reo cuando no hay afectación al hecho nuclear.

Al contrario, no puede pretender la acusación excluir la atenuante de reparación del daño basándose en una cuestión estrictamente formal, y a la vez estar solicitando la cuantificación del importe por daño moral en una cantidad exorbitada, lejos de lo que se viene estableciendo en el foro por hechos similares, y lo que es más importante sin que, en la sentencia dictada en la instancia, ha quedado anudada de forma explicada la cuantía de la indemnización reconocida a los hechos objeto de acusación, ni a las secuelas. La resolución recurrida no lo vincula, de forma que ni responde, explicitándolos, a los parámetros que ha venido estableciendo la jurisprudencia, ni tampoco a los que detalla la LO 10/22 de 6 de septiembre en su art. 57 que los ha integrado.

Lo que sí hace la sentencia, como decíamos en el punto 4.1.2. es trasladar jurisprudencia general sobre el daño moral, y fijar que, (...) *en el caso concreto, la cantidad de 150.000 euros, se han puesto a disposición de la víctima sin ningún tipo de condicionante por parte de la defensa del acusado.* (...).

Lo que se afirma también en los escritos de la defensa de fechas 6 y 27 de noviembre de 2023 en los que se solicita la expresa entrega a la víctima sin condicionantes, “*(...) esta defensa manifiesta el expreso deseo del Sr. A. de que la cantidad consignada sea destinada para el pago de la víctima con anterioridad a la celebración del juicio (...) (fol. 88 vuelto)*” y se reitera en escrito de 28 fecha 27 de noviembre de 2023, al interponer el recurso de súplica contra la denegación de libertad; y en escrito aparte en fecha 28 de noviembre 2023 (fol. 272) diciendo que se entreguen a la víctima en los siguientes términos: “*(...) es a esta a quien procede destinar dicha cantidad resarcitoria con carácter inmediato y voluntad reparadora por el daño moral que pueda declararse en la sentencia, para el eventual caso de que se declaren probados los hecho objeto de acusación (fol. 272), (...)”* “*(..) la consignación se realizó con finalidad de que esta se destinara al pago de la víctima.*” (...) y en el suplico que la cantidad consignada de 150.000 euros sea destinada al pago de la víctima con anterioridad a la celebración del juicio. (...)”

Por tanto, ha de entenderse que la indemnización prestada y puesta a disposición de la denunciante tiene carácter solutorio, dación en pago, bajo cuya hipótesis es un pago hecho para resarcir de los daños y perjuicios que hubieran podido causarse, con independencia del resultado del juicio, es decir, no supeditada a que haya condena.

Este carácter no se desactiva por el hecho de que la perjudicada no quiera recoger esa cantidad de dinero, afirmar lo contrario sería sustentar estrategias espurias, pues el hecho objetivo tiene valor en sí mismo. Tampoco pierde la virtualidad y sentido, por ser coincidente con la cantidad requerida que en todo caso ha sido depositada con anterioridad al juicio, lo cual se contempla en el art. 21.5 del CP, a lo que en este caso se añade que la cantidad exigida sobrepasa todo límite admitido en el foro para un supuesto de agresión sexual.

La sentencia lo trata del siguiente modo FTO. Decimoprimero:

“*(...) .. Consta acreditado que con anterioridad a la celebración del juicio la defensa ha ingresado en la cuenta del juzgado la cantidad de 150.000 euros para que fueran entregados a la víctima sin ningún tipo de*

condicionante. A juicio del Tribunal por más que en el auto de procesamiento se estableciera la obligación del procesado de abonar una fianza de 150.000 euros el hecho de que haya indicado que esa cantidad le sea entregada a la víctima con independencia del resultado del juicio, expresa una voluntad reparadora que tiene que ser contemplada como una atenuante. (...)”

4.2.2. Establecido lo anterior, aunque el dictado de una sentencia absolutoria en esta instancia determina la inexistencia de responsabilidad civil ex delicto a que se refieren los artículos 109 y siguientes del CP, hemos de efectuar algunas puntualizaciones, especialmente teniendo presente el destino que ha de darse a la cantidad de 150.000 euros que fue consignada en su día por D.A.d.S para ser entregada a denunciante y cuya recepción fue trasladada por la Audiencia Provincial mediante diligencia de ordenación de 25 de noviembre de 2023, (fol.299), rechazada por esta última mediante escrito de 11 de diciembre de 2023 oponiéndose a la pretensión de entrega interesada por la Defensa, alegando que no es resarcitoria sino una fianza referenciando el auto de procesamiento de 23 de julio de 2023; manifestando que no desea percibir cantidad alguna durante el procedimiento judicial, salvo la que pueda establecerse por sentencia en caso de que sea condenatoria.

Así se desprende del escrito que obra en la pieza de Responsabilidad Civil, cursado por la Acusación Particular en el que, ya dictado el auto de procesamiento, varía su posición anterior de renuncia a la indemnización y solicita ser indemnizada en concepto de responsabilidad civil.

Tal escrito, se genera en respuesta al trasladado, que el Juzgado de Instrucción da a la Acusación Particular, del escrito de la defensa de D. A., en el que pedía que se excluyera del auto de procesamiento la exigencia del depósito, al constar la renuncia expresa de la denunciante a posibles indemnizaciones en su declaración ante el juzgado, debiéndosela tener por renunciada. El juzgado se limitó, sin más, a darse por enterado del cambio de posición de la denunciante manteniendo la resolución con la exigencia de 150.000 euros.

4.2.3. Según criterio expuesto en Sentencia del Tribunal Supremo 525/2022 de 27 de mayo de 2022 y reiterado en Sentencia 937/2023 19 de diciembre de 2023, las pretensiones no penales no pierden sus características esenciales por ejercitarse en el proceso penal, ni quedan informadas por principios que son propios en exclusiva de las pretensiones penales (como el de presunción de inocencia). Así, en materia civil no rige el principio acusatorio, sino el de rogación que tiene fundamento, consecuencias y sentido diferente. La responsabilidad civil declarada en la sentencia penal respecto a quien ha sido absuelto por la concurrencia de una causa de exclusión de la responsabilidad o de la penalidad, no pierde su naturaleza de consecuencia jurídica de naturaleza civil y no participa de las exigencias de un pronunciamiento penal de condena en lo atinente a los principios que rigen en la jurisdicción penal.

Haciéndonos eco de la anterior doctrina aunque referida a causas de exclusión de la responsabilidad criminal y estrictamente desde el punto de vista de su naturaleza y principios inspiradores, hemos de considerar, de una parte, la autonomía de la responsabilidad civil respecto a la responsabilidad penal y también en algunos supuestos concretos la posible coexistencia en el procedimiento penal de una responsabilidad civil ex delicto estrictu sensu (artículos 109 y ss) y una responsabilidad civil general bien contractual bien extracontractual (artículos 1089 y ss) basada en los hechos de base objeto de instrucción, acusación y ulterior enjuiciamiento aunque estos no constituyan formalmente delito tipificado en el código penal o bien cuando siéndolo, concurra una causa de exclusión de la responsabilidad criminal.

Por ello y pese al dictado de una sentencia absolutoria en causa por delito, en determinados supuestos ha de admitirse la posibilidad de que el acusado o encausado, reconociendo su responsabilidad en la causación de algún tipo de daño, esencialmente moral y no así la comisión de un delito, efectúe dentro del marco de la doctrina de los actos propios un reconocimiento formal de responsabilidad y con base a ello pretenda resarcir o indemnizar a quien hasta el momento del dictado de la sentencia absolutoria aparecía como víctima del delito.

En este sentido hemos de decir que responsabilidad civil ex delicto estrictu sensu y responsabilidad civil general presentan un denominador común que se sitúa en el hecho de base objeto de instrucción y ulterior enjuiciamiento, siendo el factor diferencial entre ambas que en la primera de ellas dicho hecho de base ha de “constituir necesariamente delito”.

Es decir, el elemento generador de responsabilidad civil de cualquier índole lo constituye “el hecho en sí mismo” pero el factor diferencial se sitúa en la configuración de este como delito y que opera como conditio sine qua non en el caso de la responsabilidad civil ex delicto estrictu sensu.

4.2.4. Sentado lo anterior, la cuestión que nos ocupa, plantea algunas particularidades especialmente en el marco de las consignaciones judiciales y la forma en que estas se llevan a cabo.

Sabido es que la consignación judicial de una cantidad dineraria en el ámbito del procedimiento penal admite ciertas variantes. Así nos referimos habitualmente a esta cuando se efectúa por el procesado o el investigado previo requerimiento y en cumplimiento, bien de un auto de procesamiento (artículo 589 Lecrim) o en su caso de aseguramiento (artículo 754 Lecrim) en el marco del procedimiento ordinario o bien en un auto de apertura de juicio oral (artículo 783 Lecrim) en el caso del procedimiento abreviado. Dicha consignación tras el oportuno requerimiento tiene el único efecto de dar cumplimiento a cualquiera de las resoluciones mencionadas.

Fuera de estos supuestos, que no plantean especial problemática a los efectos que aquí interesan, coexiste otra forma de consignación que es la efectuada voluntariamente para resarcir a la víctima de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito y con la estricta finalidad de que en caso de condena sea reconocida la atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5CP. Esta consignación se efectúa pues vinculada a la necesidad de una previa declaración de condena y la idoneidad de la apreciación de la atenuante interesada.

Frente a estas hipótesis (supuestos), existe un tercer tipo de consignación de carácter voluntario y que es la que se efectúa con la estricta finalidad de que le sea entregada a quien aparece como víctima en el procedimiento, independientemente de que haya declaración ulterior de condena por el delito objeto de acusación.

4.2.5. Por las razones que hemos expuesto con anterioridad, nada impide considerar esta clase de consignación equivalente al pago o cumplimiento de la obligación resarcitoria por el hecho dañoso aunque este no constituya formalmente delito merced al dictado final de una sentencia absolutoria, por cuanto en este caso, el procesado asume mediante una manifestación encuadrable en la doctrina de los actos propios, la causación de un daño y emite una expresa declaración de voluntad de entrega de la cantidad de forma incondicional y en consecuencia no retornable.

Y esto es lo que ocurre en el caso que nos ocupa atendida la finalidad y los términos en que fue consignada la cantidad de 150.000 euros que ad limine y a priori resultaría no retornable a D.A.d.S pese al dictado de una sentencia absolutoria en esta instancia.

La cuestión que subyace a posteriori es sí, realizada dicha manifestación por el procesado en cuanto al reconocimiento del daño y voluntad reparadora incondicional, quien aparece como víctima, rechaza y no hace suyo el importe consignado.

En estos casos hemos de considerar que la cantidad consignada ha de ser retornada al depositante y ello por dos razones: a) Por el principio de rogación que informa el derecho civil y especialmente las cuestiones referidas a la responsabilidad. b) Tal como se infiere interpretativamente del artículo 1180 del Código Civil, al que debemos acudir dado que no existe una disposición genérica en el Código Civil de Catalunya sobre la consignación como modo extintivo de las obligaciones, aunque si en relación con determinadas instituciones y figuras contractuales (Libros Primero y Sexto).

4.2.6. Así, hemos de distinguir aquellos supuestos en que, cumpliéndose formalmente los requisitos de la consignación, esencialmente la puesta en conocimiento del destinatario, por disposición legal el órgano judicial se encuentra obligado a emitir una declaración de suficiencia e idoneidad (por ejemplo, en materia de seguros) de aquellos supuestos en que tal declaración judicial no resulta necesaria, como es el caso que nos ocupa.

En los casos de inexistencia de obligación judicial de emitir declaración sobre la adecuación de consignación, con efectos liberatorios, ésta requiere necesariamente la aceptación del destinatario/a acreedor y por consiguiente si este/a no acepta o rechaza el pago la relación subyacente queda inalterada. El efecto debe ser la restitución de la cantidad consignada en su día.

En el asunto que nos ocupa y como ya anticipábamos, consta que la cantidad depositada en su día, por la persona acusada, no ha sido entregada a la denunciante puesto que ha rechazado recibirla; postura de rechazo manifestada en varias ocasiones, mediante su dirección letrada, que argumenta en el sentido de que es incongruente insistir, refiriéndose a la defensa del acusado, en que se le entregue el dinero a la denunciante antes del juicio y al mismo tiempo, en el trámite de conclusiones definitivas, solicite la reducción en un tercio de la cantidad consignada en concepto de responsabilidad civil, ya que en caso de absolución tendría que devolverlo. No es así, en caso de absolución, de haberlo retirado, no tendría que devolverlo.

En consonancia con lo expuesto, el rechazo sistemático, una vez establecida la incondicionalidad del depósito y el sentido absolutorio del fallo de la sentencia, determina que la cantidad deba ser retornada a D. A.

4.2.7. Dicho lo anterior, la resolución de instancia tampoco entra, en la adecuación de cuantificar la Responsabilidad Civil que correspondería por el delito de agresión sexual por el que condena, abrazando de forma acrítica y genérica la cantidad de 150.000 euros, que se fijó en sede de instrucción de la causa; ni valora cual es la que ha de corresponder al caso concreto, ni responde a la petición alternativa de la defensa relativa

a que, en caso de sentencia de condena, la indemnización se ajuste a la cantidad de 50.000 euros.

Ello refuerza más si cabe la conclusión de que se depositó la indemnización con ese carácter solutorio, pues no se vinculaba al resultado del proceso; lo que no es óbice para que se considere, de conformidad con el criterio sostenido de esta Sala de Apelación, que la cantidad en concepto de indemnización por daños morales derivada de los delitos contra la libertad sexual ha de ser fijada, analizando caso por caso, y desde luego incorporando en su ajuste parámetros que se nutran de ítems previsibles.

En casos de condena por delito de agresión sexual, hemos declarado en muchas ocasiones, que la cuantificación oscila entre los 15.000 y 50.000 euros según las circunstancias del caso, la edad de la persona perjudicada, si es menor o mayor de edad, las circunstancias del hecho, el lugar donde ocurre, domicilio u otros, el número de actos, la continuidad y repetición en el tiempo de los mismos, la vinculación del agresor con la víctima, la violencia empleada, el número de agresores, el compromiso para el desarrollo futuro integral de la personalidad de quien haya sido agredido o agredida. Señalamos entre otras la sentencia nº 42/25, dictada por esta sala de 4 de febrero Rollo nº 452/2024 relativa a abusos sexuales continuados a menor, niña de 13 años, prolongados en el tiempo durante 3 años, siendo el acusado una persona muy cercana y bajo situación de miedo, y perpetradas en el propio domicilio, con resultado de grave compromiso a su desarrollo personal, en la que se establece una indemnización de 50.000 euros; o la sentencia nº 406/2021 dictada en el Rollo de apelación 343/21 de 7 de diciembre en la que se reconocieron 80.000 euros como interesaba la acusación particular en una caso de agresión sexual continuada durante 5 años a menor (tenía 11 años) con actos sexuales de todo tipo y graves amenazas entre las que estaba encerrarla en psiquiátrico si lo contaba, o agredir sexualmente a su hermana menor.

En tales sentencias hemos seguido las pautas legales (art. 53 LO10/22 de 6 de septiembre), que han venido a recoger los criterios tantas veces

empleados con anterioridad por la jurisprudencia, y que la propia sentencia de instancia acoge, articulados en la mencionada LO, del siguiente modo: “(...) (art. 53): 2 1. *La indemnización por daños y perjuicios materiales y morales que corresponda a las víctimas de violencias sexuales de acuerdo con las leyes penales sobre la responsabilidad civil derivada del delito, deberá garantizar la satisfacción económica evaluable de, al menos, los siguientes conceptos: a) El daño físico y psicológico, incluido el daño moral y el daño a la dignidad. b) La pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales. c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante. d) El daño social, entendido como el daño al proyecto de vida. e) El tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva.*

De los conceptos que enuncia el anterior articulado, solo el apartado a) se refiere a daño moral de carácter inmaterial, en relación al sufrimiento padecido y al menoscabo de la dignidad de la persona que pueden ser objeto de una valoración global (a tanto alzado). El resto de conceptos son elementos que requieren de prueba concreta y son, per se, cuantificables.

4.2.8. No es aplicable como referencia para justificar el elevado monto por daño moral, la sentencia del TS que cita la resolución de instancia (al folio 51/61), STS344/2019 de 4 de julio, conocida la referida al caso de la manada de Pamplona, vinculándose al presente “al tratarse, aquél, de un caso muy mediático” argumento sobre el que entra también la recurrente Ministerio Fiscal, para justificar el importe elevado de la indemnización, reconocida en la resolución que impugna.

Se trata (el aludido) de un asunto muy distinto, la citada sentencia se refiere a un delito continuado de agresión sexual, en el que hubo al menos nueve actos (penetración bucal de cinco personas, tres penetraciones vaginales por dos personas y una penetración anal), fijándose la alta indemnización (100.000 euros) solidariamente para quienes intervinieron y resultaron condenados, el tema no requiere

mayores comentarios, pero desde luego, ser caso mediático no es un parámetro útil para establecer la gravedad del hecho.

4.2.9. Finalmente ha de abordarse el argumento subyacente de "quien más tiene más paga" en referencia a que se justifica el alto importe indemnizatorio, entre otras cosas, por holgada la condición económica que se le atribuye al acusado; ya que la derivada sería afirmar que quien tiene dinero puede alcanzar la atenuante, con la consecuencia de modular la pena. Ello no puede ser así en absoluto pues significaría una diferencia, en el acceso a la atenuación, para quien no dispone de medios económicos y, como señalábamos en nuestra sentencia nº348 de 12 de diciembre de 2023, que alcanzó firmeza, llevaría a situaciones contrarias a la verdadera ratio del apartado 5 del art. 21 CP, al convertir de facto lo que es una traslación al espacio público del interés prevalente de la víctima en un simple trueque dinero/pena en interés especial del acusado, situación fáctica que está en las antípodas del concepto reparador.

El auto del TS, nº 10156/2024 18 de julio de 2024, inadmite el recurso de casación contra nuestra sentencia 348/2023 ya mencionada este concepto indicando en su FTO.3º, entre otras, acerca de la atenuante, lo siguiente: "*(..) no es determinante la capacidad económica del sujeto reparador, aunque sea un dato a tener en cuenta, porque las personas solventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio, a pesar de la nula escasa repercusión de su voluntad reparadora de los intereses lesionados de la víctima(..)*"

La reparación del daño entraña un plus que excede lo crematístico, y que impone la reflexión acerca de que es lo que resulta necesario, válido o suficiente para entender que se repara a una víctima, o a una persona perjudicada por el hecho, y a establecer cómo ésta puede sentir que ha sido reparada. Decimos sentir como percepción, porque no es la víctima quien lo fija, orillando la estricta venganza o la finalidad, tantas veces criticada de interés en la obtención de dinero; finalidad que en este caso la Acusación Particular manifiesta pretender evitar, rechazando aceptar la reparación, como así dice su escrito (folio 303): "*(..) a la vista de*

filtraciones o informaciones sesgadas que apuntan a un interés económico de la perjudicada (interés que dice inexistente.)”

El interrogante de determinar el contenido y la suficiencia de la reparación admite respuestas diversas: ¿sería el reconocimiento?, ¿el obtener escucha, y/o ser creída/o?, ¿el conseguir la condena penal?, ¿constatar empatía hacia la situación de quien denuncia?, ¿generar conductas de reparación simbólica?, ¿entablar un proceso de justicia restaurativa consentido por las partes?; en definitiva, se evidencia que no hay respuestas univocas ni estandarizadas, y que, conjugar las exigencias de reparación integral que la ley prevé con la materialización de esa reparación puede seguir distintas vías.

Por ello, en caso de que debamos reducirlo a los términos de cuantificación material, su concreción ha de situarse en pautas previsibles, que han de ser expuestas analizadas en cada caso.

4.2.10. El plus considerado en este caso para aplicar la atenuación, con la consecuencia de mantenerse en la franja inferior de la pena aplicable, ha sido el carácter solutorio de la puesta a disposición del dinero con independencia del resultado del juicio, sin que se desactive el carácter por coincidir con la cantidad exigida en sede de instrucción, sin referencia en el foro, como fianza en el procesamiento, aunque en aquel momento constaba la renuncia expresa a cualquier indemnización.

De ello se deriva que, la perjudicada, en caso de condena nada tendría que devolver incluso si se minorara la cantidad de responsabilidad civil por daño moral acorde con los parámetros que venimos manifestando y lo ajustáramos a 50.000 euros más cerca del estándar y en todo caso el que solicita la Defensa; ni tampoco, en caso de una sentencia en sentido absolutorio pues el depósito realizado sin condiciones lo haría irreclamable por el depositante siempre que el destinatario lo hubiere recibido.

En nada varía lo que establecemos que la Acusación Particular, cualquiera que sea su motivo incluso si fuera por mera estrategia procesal, no haya

retirado el dinero de la cuenta de consignaciones del Tribunal de Instancia que tiene a su disposición, y que le ha sido ofrecido.

En el caso que nos ocupa y como ya anticipábamos, consta que la cantidad depositada en su día no ha sido entregada a la denunciante puesto que, a pesar de estar consignada de forma incondicional, ha optado por no retirarla, rechazando hacerlo, como recoge la propia sentencia de instancia. En consonancia con ello dicho rechazo determina que la cantidad deba ser retornada a D.A.d.S.

4.2.11. Expuesto lo anterior, y volviendo a la petición interesada por la recurrente Ministerio Fiscal solicitando la nulidad parcial de la sentencia, concluimos que no existe tal error en la valoración de la prueba que justifique la nulidad por el motivo que postula, pues estrictamente con la sentencia dictada, la cantidad que se exigía por las acusaciones como cuantificación por responsabilidad civil, es la misma que ha sido objeto de declaración en el fallo por el Tribunal de instancia, habiéndose justificado la base de la atenuación, por lo que excluimos que haya razonamiento arbitrario o irracional. En este punto, lo único achacable a la sentencia dictada es no haber profundizado más en los argumentos sobre las consecuencias jurídicas, lo que en este caso no conlleva la irracionalidad de la sentencia dictada en instancia que postula.

4.2.12. Por ultimo cabe señalar en relación a la petición de pena más extensa, que aun en la hipótesis de no concurrir la atenuación la pena puede imponerse, por el tribunal de enjuiciamiento, en el grado mínimo de conformidad con el art. 66.6 CP.

La sala ha indicado en muchas ocasiones que, si concebimos el derecho penal como una técnica de limitación del poder punitivo del Estado, deviene indispensable una motivación específica de las razones por las que se rebasan los umbrales penales mínimos. Como tiene establecido la jurisprudencia de la Sala II del TS, "*El deber de motivación de la individualización penológica dimana directamente del art. 72 CP e indirectamente de los arts. 120.3 y 24.1 CE. Se intensifica cuando se han de justificar incrementos de pena. Para imponer el mínimo legal una muy poderosa razón es carecer de motivos para toda elevación. No encontrar,*

ni exponer en consecuencia, razones para otra opción más grave, implícitamente supone un argumento de enorme potencial jurídico: el favor libertatis. En la duda hay que estar por el más amplio grado de libertad. En cambio, la elevación de la pena exige siempre una justificación, una explicación que garantice que no estamos ante una decisión voluntarista o arbitraria del Tribunal, sino ante una opción meditada y apoyada en razones que podrán compartirse o no, pero que solo si se exteriorizan pueden ser combatidas" (STS 922/2016),

A tal fin, cabe acudir, como ha señalado la doctrina, a las finalidades de las penas, pues el sintagma a que se refiere el artículo 66 CP "*circunstancias personales del delincuente*" es fácilmente asociable con los aspectos preventivo especiales, y el de "*mayor o menor gravedad del hecho*" con las finalidades retributivas y preventivo generales.

En línea con lo señalado, y desde el primer prisma, deberán valorarse factores tales como la edad del acusado, su formación intelectual y cultural, su grado de madurez, su entorno familiar y social, su actividad profesional, su comportamiento posterior al hecho delictivo o sus posibilidades de reinserción. Bajo el segundo ángulo, habrían de ponderarse el desvalor objetivo y subjetivo de la acción y el desvalor de resultado; esto es, respectivamente, la forma en que se lleva concretamente a cabo la conducta típica, la intensidad del dolo, y el alcance de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. En este supuesto, desde la óptica de la recurrente no concurren circunstancias modificativas.

La regla contenida en el artículo 66.1. 6^a CP ("*Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*") exige una motivación específica justificativa de las razones para el caso de que se rebasan los umbrales penales mínimos. Por ello, incluso, si no concurriera una atenuante, la justificación del Tribunal para alejarse de la pena mínima imponible sería suficiente, pues como hemos

dicho la exigencia del razonamiento es menor y en este caso se cumple tal requerimiento.

Dicho de otra manera, la extensión de forma automática de la pena por efecto de desestimar la concurrencia de una atenuante solo cabría en la hipótesis de los subtipos atenuados, (p.ej. art. 368.2 CP) en los que, de no apreciarse la atenuación se volvería al tipo principal, siendo aplicable por imperativo legal una pena más alta. En otro caso estamos ante un tema valorativo del tribunal.

En este caso, la sentencia de instancia hace referencia para graduar la extensión de la pena únicamente a la edad de la víctima y al impacto en la misma del hecho, para aumentar de la mínima que legalmente le correspondía, de cuatro años de prisión, a cuatro años y seis meses. Lo cual, teniendo en cuenta que se le aprecia la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP, y que, por imperativo legal, la extensión de la pena ha de mantenerse en la franja inferior, es una explicación más que suficiente, de manera que la pena ha sido individualizada por la sentencia de instancia en base a las circunstancias del hecho.

El motivo no puede tener acogida y no procede declarar la nulidad de la sentencia.

5. Recurso de la Acusación Particular

5.1. Primer motivo Infracción del art. 21.5 del CP en relación con el art. 24 de la CE.

Alega en síntesis en este punto, que no concurren los elementos para la aplicación de la atenuante de reparación del daño, que la parte que la invoca es quién ha de acreditarla, y que no es suficiente la consignación de la fianza, ni la petición de que sea entregada a la denunciante. Cita algunas sentencias del TS de las que transcribe párrafos para sostener que esta atenuante se basa en razones de política criminal, destinadas a proteger a la víctima y favorecer su reparación privada posterior a la comisión del delito.

Lo traslada al caso y expone los motivos por los cuales no procede la aplicación de la atenuante. Así 1) Porque la consignación que efecto el procesado lo fue en cumplimiento de la fianza impuesta por el juzgado instructor. 2) Porque nunca se ha solicitado por la defensa que dicho monto fuera entregado a la denunciante, sin condicionamiento alguno, y 3) por la inexistencia de esfuerzo económico ni moral del penado, y 4) por la solicitud expresa de reducir un tercio la indemnización destinada a la víctima en acto del juicio oral.

Indica que la actitud del procesado es ficticia en todo el procedimiento con el único objetivo de conseguir la libertad provisional. Se refiere a la declaración inicial de la denunciante, al informe que corresponde a la exploración médico forense, (folios 1067 a 1080 de autos), situación de la que tuvo conocimiento de las graves lesiones psicológicas. El auto de procesamiento, le hace la exigencia y la defensa del procesado recurrió solicitando la rectificación del auto para dejar sin efecto la responsabilidad civil, lo que le fue desestimado por providencia de 4 de agosto de 2023. Consignándose el día 9 de agosto la fianza.

Es mucho después, al interesar la libertad provisional, que indica que se entregue la fianza con anterioridad a la celebración del juicio y para el caso de que los hechos resultaran probados, lo que califica de interesado y forzado; referenciado el nuevo escrito de 27 de noviembre de 2023 en el que se indica "*con carácter inmediato y con voluntad reparadora por el daño moral que pueda declararse en sentencia para el eventual caso que se dieran por probados los hechos objeto de acusación*", por tanto no era sin condiciones. Concluye que no es reparadora la entrega con la posibilidad de eventual devolución para el caso de que la sentencia fuera absolutoria. Y finalmente, refiere que la Defensa en conclusiones pide la reducción a 50.000 euros, lo cual considera que es una última incongruencia que deslegitima a la defensa, y ha de conllevar que no se aprecie ni como simple ni como cualificada.

Indica que la posición de la Defensa es aprovecharse de que el procesado ostenta una situación económica muy privilegiada, patrimonio acumulado,

y en ingresos de su vida profesional, que reconoce la sentencia, para obtener una reducción de la pena.

Hace referencia luego al contenido de las declaraciones del acusado, y a sus intervenciones televisivas, aportadas, concluyendo que la actitud no es reparadora, de las que extrae "entrevista desde Brians 2 en fecha 21 de junio de 2023 "(...)*No sé si ella tiene la conciencia tranquila, si duerme bien por las noches. Pero yo la perdonó. (...)*" Lo que considera no reparador sino humillante para una víctima de agresión sexual.

Por ultimo alude a un párrafo de la sentencia en la que se dice después de citar los contratos futbolísticos y propiedades del acusado que no supone demasiado esfuerzo reparador, aun reconociendo que extrae el párrafo de la argumentación que hace el tribunal para rechazar aplicarla la atenuante en dos grados. (St.FTO.11 a) pag.49). Finaliza solicitando que se revoque parcialmente la sentencia, y que se le condene como autor de un delito de violación de los arts. 178 y 179 del CP a la pena de 12 años de prisión.

5.2. El art. 792.2 de la Lecrim, introducido en su reforma por la Ley 41/2015, establece que "*la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2. No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa*".

Así las cosas, y no habiéndose interesado la nulidad de la resolución apelada por irracionalidad en la valoración probatoria, no resulta necesario entrar en este punto del recurso. No obstante, las objeciones que plantea la recurrente las hemos resuelto ampliamente al contestar el recurso del Ministerio Fiscal, y a ello nos remitimos. El motivo no puede acogerse. El recurso no puede acogerse.

5.3. Segundo motivo del recurso: Infracción de los arts. 66 y 72 del CP en relación con el art. 24 de la CE art.24. Falta de motivación. en la aplicación de la pena impuesta. Individualización de la pena. Plantea este motivo como subsidiario del anterior para el caso de que no se estime.

Alega en síntesis que, a la vista de los hechos probados, la imposición de la pena de 4 años y 6 meses de prisión por el delito de violación carece de la motivación legal exigible, obligación que referencia en el art. 72CP, transcribe el pasaje de la sentencia que motiva la pena, y concluye que la reforma legal operada por la LO10/2022 de 6 de septiembre no legitima la imposición de la pena de 4 años y seis meses de prisión, aludiendo a que se le está aplicando la pena de robo con violencia.

Cita varias sentencias del TS de las que sigue que la pena impuesta por el Tribunal de instancia es arbitraria, y ha utilizado factores de individualización incorrectos, al tener en cuenta la consignación judicial de la indemnización no solo para imponer la mitad inferior de la pena prevista para el tipo delictivo, sino para imponer la mínima dentro de la mitad inferior. Sostiene que, no tiene cobertura legal la doble atenuante y es incongruente con la capacidad económica y el esfuerzo reparador.

Alude también a los errores de la sentencia que fueron en parte objeto de aclaración en lo que se refiere a que no se había recogido correctamente la petición defensiva sobre que la indemnización fuera reducida a 50.000 euros. Y finaliza diciendo que la individualización se realiza tomando en consideración dos factores incorrectos, la cantidad consignada, y el "sesgado" deseo de reparar del acusado cuando en juicio, su Defensa, interesó la disminución de la indemnización a 50.000 euros, en caso de condena.

Alude también al principio de proporcionalidad, como base para la modificación de la pena, remitiéndose a los hechos declarados probados, insistiendo en que la postura ficticia no ha de ser premiada. Que en este caso ni hay esfuerzo moral ni económico, y que mantener la pena impuesta implicaría que el sistema judicial tiene un doble baremo de medir según la capacidad económica del agresor en los delitos contra la

libertad sexual. Finaliza interesando que si se mantiene la atenuante de reparación del daño se le condene a la pena de 8 años de prisión.

Debemos remitirnos a lo indicado anteriormente. De una parte, el tema ha sido contestado al resolver el recurso del Ministerio Fiscal, concretamente en el punto 4.2.11 en el que nos referimos a la individualización de la pena.

Por lo demás no resulta posible la agravación de la pena porque lo que alega no es una infracción de ley, sino que alude a un error valorativo del Tribunal de instancia que como ya hemos dicho anteriormente no se da. Tampoco aquí hace uso del art. 792.2 de la Lecrim. De manera que, con remisión a lo ya resuelto, rechazamos el motivo que no puede tener acogida.

6. RECURSO DE LA DEFENSA

Antes de entrar a responder sobre los pedimentos efectuados, conviene señalar que el Tribunal de apelación puede ordenar de oficio los motivos formulados por las partes con la finalidad de facilitar una respuesta coherente y razonable con las pretensiones formuladas, siempre que ello no perjudique a la parte apelante. En este caso, daremos así respuesta al recurrente siguiendo su orden numérico, pero con las referencias necesarias en los motivos que ha propuesto ya que en varios de ellos se tratan pedimentos vinculados; haciendo en cada caso la oportuna mención. De manera que examinado el recurso se proceda al examen subsiguiente, y en lo necesario conjunto de los puntos segundo, cuarto y quinto que se relaciona con la inadmisión de prueba documental en el trámite de cuestiones previas anudado a la petición de la que se aplique por analogía atenuación analógica el art. 21.7 CP, y la denuncia de vulneración de derecho fundamental por considerar la existencia de un juicio paralelo, y por la afectación a la imparcialidad judicial, y la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia con base en causas extraprocesales. Respetando la sistemática empleada por la Defensa, que ha priorizado el orden de los motivos que dieron lugar a la denegación de prueba en la instancia, y que ha reproducido en esta

sede. Dejamos constancia de que se han comprobado las citas, las grabaciones, los documentos y la jurisprudencia mencionada.

Así como que se han declarado probados solo aquellos hechos que son contestes entre las partes o que resultan objetivados.

6.1. Motivo Primero. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, en el cauce del art. 846 bis b, y 846 ter relación al 846 Lecrim, por vulneración del derecho de defensa y procedimiento con todas las garantías, que subdivide en varios motivos: Sobre la identificación del autor, infracción del art. 248 Lecrim, indefensión material. Sobre el no acceso a las actuaciones una vez formalizada la denuncia y vulneración de derecho de defensa. Sobre la denegación el acceso a las actuaciones en fecha 17 de enero de 2023. Sobre la consecuencia de estimación del motivo: Reparación de la vulneración de derechos.

En síntesis, reitera lo expresado en el trámite de cuestiones previas durante el juicio:

a) Tardanza en adquirir la condición de investigado. Si los hechos se produjeron el día 30 de diciembre y la denuncia verbal en la propia discoteca, se formalizó por escrito el 2 de enero en MMEE. El sobreseimiento se acordó sobre la información médica (parte médico Clínico) en la que constaba autor desconocido, lo cual no es cierto. Su queja es que no se indicó esa identidad de inmediato al juzgado y no se señaló, sabiéndolo, a la persona que se denunciaba para que se pudiera acordar la condición de investigado. Impugna que no se dio la noticia al órgano instructor judicial, que el art. 284.1 de la Lecrim obliga la puesta en conocimiento de forma inmediata, y que, la reapertura de la causa por el juzgado, el día 9 de enero, tampoco fuese trasladada al acusado que se encontró en indefensión material, no tuvo la condición de investigado, lo cual considera vulneración del derecho fundamental a la defensa. Argumenta que la sentencia confirma ello al rechazar la atenuación por embriaguez, ya que podía haberse sometido esa misma noche o al día siguiente a una prueba de alcoholemia.

b) Denegación de acceso a las diligencias penales una vez en el juzgado, y posteriormente en el mismo antes de la declaración, cuando ya desde el 16 de enero se había recibido el atestado, la ampliación con más de 20 horas de grabación en CD de las cámaras de la discoteca Sutton; lo que solo conoció el día en que fue detenido dos horas antes de declarar. Alega que se enteró por la prensa de la denuncia y que no se enmienda la situación porque la abogada de D. A. estuviera en contacto con MMEE y se hicieran gestiones para acordar su declaración y detención.

Concluye que el resultado de aceptar esta vulneración al derecho fundamental a la defensa ha de ser el de estimar la concurrencia de la circunstancia de embriaguez o de la analógica de vulneración de derechos; puesto que la nulidad y retroacción no repararía que la prisión provisional se tomó en base a la declaración de la víctima (fol. 299).

6.1.2 Todas estas cuestiones han sido ampliamente contestadas por la sentencia, que de forma detallada, explica en su primer fundamento el iter de las actuaciones, el momento de los hechos 31 de diciembre, la intervención inmediata en la discoteca del personal de Sutton que activó el protocolo de agresiones sexuales, la intervención in situ de MMEE, que activan ambulancia, el parte médico emitido por el Hospital Clínico con la intervención forense y el aviso al Juzgado de guardia de Barcelona el mismo día 31/12, que incoa las Diligencias Previas a las que se une el parte librado por el Hospital y en el que efectivamente constaba "autor desconocido" cuando el acusado en realidad había sido identificado. Acordándose por el juzgado el sobreseimiento provisional por auto de 31 de diciembre de 2022 (folio 10), pues no constaba denuncia presentada.

Consta también que la denuncia se formalizó por la denunciante en la comisaría de MMEE el día 2 de febrero (fol. 14), y que la policía avisó al juzgado mediante oficio del día 5 del mismo mes que identificaba al denunciado D. A. que seguían diligencias, así como de que trataban de identificar testigos, recuperar y examinar grabaciones de las cámaras de video vigilancia la discoteca (Autos folio 11).

El día 9 de enero se reabrió la causa (Fol. 34) Diligencias Previas nº 1637/22, y el día 11 de enero se intercambiaron emails, entre la letrada

de D. A., Miraída Puente y la UCAS de MMEE (Unitat Central Agressions Sexuais) obrantes en la pieza de situación personal unido al recurso de apelación, traído por el Ministerio Fiscal en el trámite de cuestiones previas en juicio; y el día 16 se recibió la ampliación del atestado con los CD en el Juzgado nº 15 de Instrucción.

Es más, consta email de la letrada en la que interesa que se pueda adelantar la declaración de D. A. al día 16 o 17 de enero "porque su cliente" ya estaba en Barcelona. El día 16 se presentó el atestado ampliatorio con los datos del citado, facilitados por la letrada en los anteriores correos del día 11 de enero. El día 19 se personó la Acusación Particular (fol. 119).

En suma, la Defensa conocía que había la denuncia, y se buscó fecha para la declaración. Tal declaración se concretó ante el juzgado el día 20 de enero donde D. A. llegó detenido, después de haber sido identificado en MMEE.

En el juzgado tuvo copia del atestado y acceso a las grabaciones, constando diligencia de entrega de copia de las actuaciones (Fol. 122). La condición de investigado se le reconoció en el momento en que declaró en el juzgado de instrucción nº 15, de conformidad con la Lecrim. Lo cual hizo después de la prestada por la denunciante, realizándose a continuación la comparecencia de prisión.

No consta que la letrada de D. A., en el juzgado, estando ya detenido antes de prestar declaración hubiera solicitado la suspensión o aplazamiento de la misma invocando la necesidad de contar con más tiempo para preparar la defensa o en base al volumen del material a examinar (grabaciones). Finalmente señalamos que en juicio se ha interrogado sobre ello a la MMEE que actuó como secretaria de las diligencias policiales.

6.1.3. Entendemos que de lo expuesto no se deducen las irregularidades procesales que indica la recurrente ni se da una vulneración del derecho de defensa. El artículo 118 Lecrim precisa, como contenido del derecho general de acceso, el de "*examinar las actuaciones con la debida*

antelación para salvaguardar el derecho de defensa"; y en relación al derecho específico de la persona detenida, el artículo 520.2 d) Lecrim referido "*a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la decisión*". En ambos casos estamos en la hipótesis inicial que la acusación se haya dirigido contra alguien, y ello, no lo es una noticia de prensa. El derecho de acceso específico se activa desde el momento en que se produzca el supuesto contemplado en la norma: detención en cualquier momento del proceso.

A estos efectos, como señala la doctrina, por proceso debe entenderse también el espacio policial o previo de investigación donde se produce la privación de libertad. Y como se previene en el parágrafo 30 del preámbulo de la Directiva 2012/13UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 "*Relativa al derecho a la información en los procesos penales*" los documentos fundamentales o elementos esenciales deberán ponerse a disposición del investigado o de su abogado a más tardar antes del momento en que una autoridad judicial competente deba decidir sobre la legalidad de la detención o privación de libertad y, en todo caso, en un momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo del derecho a impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.

La persona investigada, en consecuencia, desde su llamada al proceso y a salvo que se haya ordenado el secreto sumarial (artículo 302 Lecrim), tiene a su disposición todas las fuentes de prueba. De ahí que la expresión utilizada por la norma de trasposición de la directiva "... *a examinar las actuaciones con la debida antelación*" comporta, también, el acceso a las "pruebas materiales". El Preámbulo de la Directiva, precisa en el parágrafo 29 como contenido del derecho específico de acceso, "los documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo". En definitiva, como *elementos de las actuaciones* objeto del derecho de acceso deben considerarse aquellos que incorporan elementos indiciarios o fuentes de prueba sobre los que se sostiene la imputación y la propia privación de libertad, siempre y cuando resulten fundamentales para poder impugnar la detención.

Cabe puntualizar además que, el derecho de defensa se ejerce y despliega su contenido con independencia del o de la profesional concreta que actúe como abogado/a, en el procedimiento.

6.1.4. Finalmente, señalamos que no puede aceptarse la vinculación que hace la recurrente en su exposición entre la vulneración del derecho de defensa y la imposibilidad de haber alegado una circunstancia como la embriaguez, cuya invocación es muy posterior temporalmente a la primera declaración y cuya acreditación por los medios que la Defensa ha estimado oportunos ha sido objeto de controversia en el acto del juicio. Por lo demás, se ha tomado declaración a múltiples testigos que estuvieron ese día con el acusado, además de la denunciante, y se ha aportado documental, pruebas analíticas, aunque son un medio objetivo para acreditar la posible intoxicación, pueden no ser el único parámetro, por lo que habrá de estarse a conjunto de la prueba practicada.

En suma, no hay vulneración de derechos, y no se ha impedido a la persona acusada y a su Defensa alegar lo que a su derecho conviniera, y a conocer el expediente. No se identifica ninguna indefensión material. La atenuación que postula ha de ser objeto de análisis de forma autónoma en la correspondiente alegación, motivo 15 del recurso, con arreglo a las reglas de valoración de la prueba. El motivo planteado no puede tener acogida.

6.2. Motivo Segundo: Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter Lecrim, en relación al derecho fundamental a la defensa y los medios de prueba, en relación a la denegación de prueba a documental, propuestas el trámite de cuestión previa.

Las desglosa en la inadmisión indebida de la documental y la consecuencia de estimación del motivo. Se impugna aquí la inadmisión invoca de la incorporación de la documental de 400 noticias entregadas en soporte USB desde el 7 de noviembre de 2023 hasta el día del juicio; la decisión de inadmitir considera que lesiona el derecho fundamental pues ha habido un juicio paralelo, y se ha demostrado que ello es así, sea por noticias inciertas sea por filtraciones. Alega que ya con el escrito de

conclusiones se había propuesto documental gráfica y enlaces que habían sido admitidos y sin embargo, en juicio, el Tribunal de instancia resolvió que era innecesaria.

Considera la recurrente que la consecuencia de la impugnación que formula es la admisión de la prueba en segunda instancia y lo vincula a la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.7 CP (motivo 16).

Cita de forma expresa la STS 326/2021 de 22 de abril que analiza los derechos en conflicto remitiéndose a la directiva UE, 16/343 de 9 de marzo de 2016; y en particular a las vulneraciones "del secreto formal de las actuaciones". Alega que la libertad de información no cubre el juicio paralelo tendencioso al que se ha visto sometido el Sr. A., afectando a su presunción de inocencia. Cita la STS 678/2020 de 11 de diciembre. Indica que la campaña mediática ha sido alimentada de filtraciones con el escrito de acusación de la Fiscalía, con el Auto de fecha 9 de noviembre de 2023, y con el de admisión de pruebas y del señalamiento de juicio, a lo que accedió la prensa antes que la propia Defensa, hecho denunciado en escrito de 24 de noviembre de 2023, (fol. 298 Rollo de Sala de la Audiencia Provincial).

Se refiere también al auto de 20 de enero de 2023, acordando la prisión, en el que se menciona sus cambios en la declaración y respecto a declaraciones efectuadas a los medios de comunicación; señalando que en el de 5 de mayo de 2023 se afirma que no tiene arraigo porque la esposa ha solicitado el divorcio, lo que solo puede provenir de la prensa (cita expresamente <https://www.elperiodico.com/es/videos/gente/joana-sanz-pide-divorcio-dani/82260148.shtml>). De ello concluye que sí hubo influencia en sede de instrucción, cuyo Juzgado incorporó datos ajenos a la causa, concretamente noticias publicadas. Y finaliza con la solicitud de prueba en segunda instancia.

La prueba propuesta ha sido admitida por esta Sala de Apelación en su auto de 18 de febrero de 2025; por lo que la queja en cuanto a la inadmisión decae. Quedan incorporados tales documentos, y dejamos constancia de que, aparte del alud de noticias relacionadas con el desarrollo del procedimiento, los hitos articulados por la parte

denunciados como filtraciones con influencia en el proceso, son los señalados autos de 20 de enero y de 5 de mayo de 2023 relativos a la prisión provisional; el escrito de calificación de la Fiscalía, el auto de 9 de noviembre de 2023 por el que se confirma la conclusión del sumario, se acuerda la apertura del juicio oral, y se rechaza la petición nulidad de lo actuado planteada por la defensa; y el auto de 18 de diciembre de 2023 por el que se admiten las pruebas y se acuerda el señalamiento del juicio.

6.2.1. La queja de la recurrente se estructura en los hitos que cronológicamente se ubican en diferentes fases procesales, durante la instrucción y en la fase intermedia del procedimiento. Como indicábamos antes, los puntos segundo y cuarto del recurso están conectados para armar la petición de la aplicación de la atenuante analógica 21.7 CP lo que plantea como consecuencia de la admisión de la prueba, por la existencia de juicio paralelo, e indirectamente con el quinto motivo en referencia al juez imparcial; de manera que este motivo segundo del recurso referido a la inadmisión de prueba en la instancia, queda contestado al haber sido resuelto, en tanto que se admite la prueba documental y se incorpora a los ítems a considerar, que sustentan la queja de la recurrente, y que hemos señalado con criterio cronológico, a efectos de dejar constancia de los contenidos.

Su planteamiento y análisis se tratará al contestar el resto de motivos vinculados, cuarto y quinto del recurso, donde se impugna, la vertiente procesal de la existencia de juicio paralelo, y en la vertiente extraprocesal, el impacto en el procedimiento y la afectación al derecho fundamental a la presunción de inocencia, así como a la imparcialidad.

6.3. Motivo Tercero: Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter Lecrim, en relación al derecho fundamental a la defensa y los medios de prueba, en relación a la denegación de prueba con motivo de la denegación de prueba anticipada. Lo desglosa en: Sobre estatuto de la víctima vs derecho fundamental a los medios de prueba y sobre la presencia del perito de parte vs la intervención en la exploración de la denunciante, y sobre la conducta procesal de la defensa letrada en la fase de instrucción.

Se refiere en este caso al impedimento de la intervención del perito de la Defensa en la prueba médica que se había ordenado por el Juzgado, que debía estar garantizada por el mandato expreso que contenía el auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial. La parte mantiene la pretensión que se declare la lesión de derecho fundamental a utilizar los medios de prueba, materializándose en la admisión de la prueba para la segunda instancia, o bien en la declaración de nulidad de la exploración practicada sin la intervención de la defensa en los términos que acordó el auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

6.3.1. Como consta, la Sala ha denegado la repetición de la prueba interesada en segunda instancia, lo indicamos en el auto de 18 de febrero de 2025, que ha alcanzado firmeza, en el siguiente pasaje:

(...) "En cuanto a la petición de pericial médica, relativa a que se reconozca de nuevo a la denunciante por parte de los peritos Dra. Blanca Navarro Pacheco y Jaime, Ayguade i Ayguade, para que emitan informe sobre el estado psicológico de la víctima y las secuelas psicológicas que haya podido padecer, y en su caso si estos son compatibles con los hechos denunciados. Lo solicita y justifica en base a la vulneración de derechos que se refleja en el punto tercero del recurso. En síntesis, en el citado motivo alude a que los peritos de la defensa no pudieron participar en el examen médico forense al que se sometió a la denunciante, y ello a pesar de que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial había dictado un auto en fecha 3 de mayo de 2023 (fol. 976 a 978 incluido el vuelto), en que autorizaba y requería de forma expresa al juzgado de instrucción la participación de tales peritos de la defensa en la exploración.(..)"; "(..)En el citado motivo tercero del recurso, se reconoce que la Dra. Navarro (perito de la defensa) estuvo presente en el acto de reconocimiento realizado por la Dra. Mateu (forense), pero no se le permitió intervenir en el turno de preguntas, solo se le permitió una pregunta; concluye la defensa recurrente, que se dejó vacío de contenido el auto de la Sección Tercera de la AP(..)".

"(..) Examinada la sentencia entendemos que no procede una segunda exploración en esta sede, reconociendo no obstante y de forma expresa la incorrección de la actuación en la exploración acordada, en cuya acta ni tan solo se indica la asistencia de la perito de la defensa cuando se había acordado ello por la Audiencia Provincial Sección Tercera resolviendo

expresamente en el recurso de apelación planteado contra la denegación de intervención de los peritos privados (de la defensa) en la exploración acordada a instancia de las acusaciones; evitando con ello la intervención eficaz y en igualdad de armas. Sin embargo, de una lectura atenta de la sentencia se deduce que ésta no anuda la fijación de la responsabilidad civil que establece en el fallo, a las consecuencias del delito por el que condena (daños morales de carácter material), limitándose en los hechos probados a describir una sintomatología postraumática indicando: "(...) No siendo posible determinar en qué porción esta exclusivamente relacionada con el hecho traumático sufrido y cual estaría modulada por el estrés ambiental posterior que actuaría como factor ansio génico potenciador, sobreañadido (...)".

Este texto se corresponde con la transcripción (en parte) del informe médico cursado.

"(...) De otro lado, la defensa que recurre, no impugna la Responsabilidad Civil declarada, excepto en el tema de su cuantificación al interesar la limitación del importe en la exposición de las conclusiones definitivas en las que plantea su reducción, para el caso de que la sentencia fuera condenatoria. En definitiva, no habría aportación determinante para el fallo de la sentencia que justifique la admisión de esta prueba en sede de apelación; lo que se añade al argumento de inadmisión por parte del Tribunal de instancia relativo a la revictimización del denunciante expresado al inicio del juicio al resolver las cuestiones previas. Las incorrecciones de lo actuado se analizarán en la resolución del recurso. (...)."

6.3.2. La alternativa de declarar la nulidad de esa diligencia no ha de prosperar tampoco. El art. 11.1 de la LOPJ, indica que *"(...)No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»*. No se está refiriendo el apelante en este caso a que se hayan obtenido las pruebas de forma ilícita, con vulneración de derechos fundamentales, sino a que el operador jurídico (forenses) desoyendo un mandato judicial expreso, impide o cercena la capacidad de intervención en la prueba practicada, ex puertas del juzgado y en dependencias del Instituto de Medicina Legal, argumentando además que ninguna defensa hubiera podido subsanar lo ocurrido en la fecha de la exploración, pues no estaban presentes, y alega que ello no se diluye

por el hecho de no haber solicitado una segunda prueba durante la instrucción.

Sustenta la declaración de nulidad con base en los parámetros establecidos por la STS 1018/2021 de 11 de enero de 2022, en la vertiente de antijuridicidad interna, que justifica la nulidad por la gravedad y circunstancias que dieron lugar a la violación del derecho, y externa con base en la necesidad de disuasión de conductas futuras reiterativas y vulneradoras del derecho.

Concreta, en lo interno, la vulneración del derecho al desoír la resolución judicial expresa (Sección Tercera Audiencia Provincial), y externamente evidencia como la praxis reiterada por parte de los forenses de realizar solos las exploraciones judiciales haciendo de facto su actuación en exclusiva pese a que la Lecrim permite la intervención de otros peritos, en orden a garantizar la verdad material, debiéndose evitar conductas futuras de obstaculización. El motivo no puede estimarse y no procede declarar la nulidad de esta prueba ni expulsarla del procedimiento. La misma cuestión ya la planteó la parte al solicitar la nulidad al instruirse sobre la conclusión del sumario y ha sido contestado en la sentencia de instancia ampliamente en el punto 2 del FTO.1º, trasladando lo ya resuelto en el auto de 9 de diciembre de 2023, y por la Sala de apelación al resolver sobre la admisión de prueba auto de 18 de febrero de 2025.

Incluso tomando la acepción más amplia de prueba ilícita susceptible de ser expulsada por la vía del art. 11 de la LOPJ, incluyendo aquélla que se ha obtenido o practicado con infracción de normas del Ordenamiento Jurídico, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales, legales (procesales o no), incluso principios generales, y no restringiéndola a los supuestos en los que su obtención se haya infringido o vulnerado un derecho fundamental (arts. 15 a 29 de la CE), el presente caso quedaría fuera de esta vía impugnatoria. Establece la doctrina mayoritaria que el ámbito de aplicación del artículo 11.1, inciso segundo de la LOPJ quedaría limitado a las violaciones de derechos fundamentales que se produzcan en el momento de la investigación de los hechos en la fase sumarial, durante la búsqueda y recogida de las

fuentes de prueba, en otro caso, cuando la vulneración se produjere en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en el acto del juicio oral, sería de aplicación el artículo 238.3 de la LOPJ que condiciona la nulidad de las actuaciones procesales a la producción de efectiva indefensión.

Sea con esta interpretación, o con la que exige que la prueba obtenida sea consecuencia o resultado de la lesión o violación de un derecho fundamental, es decir, para que pueda aplicarse la regla de exclusión no basta, con la existencia de una actividad probatoria y el menoscabo de un derecho fundamental, sino que es necesario, además, que exista una relación de causalidad entre ambos.

El caso que se ha planteado queda fuera de este supuesto porque, aunque es cierto que hubo esa intervención restringida en la práctica de la exploración, y que ello es incorrecto, no lo es menos que en juicio se han desarrollado las periciales propias y que todas las practicadas han sido objeto de debate. Por lo que, las conclusiones de las mismas, de su disparidad y suficiencia para acreditar la dolencia, es un tema de valoración de prueba. La misma sentencia de instancia señala en los hechos que no se puede determinar cuánto de la “dolencia” es por la situación vivida y cuanto por la presión mediática ambiental.

No se identifica la violación del derecho fundamental, en la restricción en la intervención de la perito de parte, sí que se detecta la conducta incorrecta e inapropiada consistente en desoir o interpretar las órdenes del Tribunal (Sección Tercera de la Audiencia Provincial) por parte de los forenses que intervenían siempre en base a un “interés superior de protección la víctima”; así como por el Juzgado de instrucción, que debió tutelar y verificar el estricto cumplimiento de lo ordenado por la Audiencia, por parte del cual no se tomó ninguna medida práctica o logística para que se llevara a cabo.

Los protocolos existentes sobre participación conjunta de profesionales se limitan en la actualidad a la intervención para el caso de agresiones sexuales en la primera asistencia. Es innegable e indiscutible el derecho de las partes a participar en las pruebas que se realicen. Por lo que,

disponer de pautas o protocolos para realizar la prueba conjunta, en la que intervengan peritos oficiales y privados en instrucción aseguraría una forma de actuar uniforme en aras a respetar las garantías de igualdad de armas conjugándolo con los derechos de las personas sometidas a exploración como establece el Estatuto de la Víctima, sin que pueda dejarse en manos de la interpretación particular del médico forense al que se le pide la intervención. Es el juzgado que de forma clara ha de impartir en su proveído las instrucciones del modo que ha de realizarse. Resulta imprescindible avanzar en la formulación articulada de una forma estandarizada de actuar para evitar la mala praxis en instrucción y el compromiso del resultado de juicio, por lesión de derechos, garantizándose la participación en igualdad de armas de las partes.

El auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial aborda la cuestión desde el análisis del derecho a la tutela judicial efectiva, trayendo la doctrina que establece el TS, por todas, la sentencia STS 458/2014 de 9 de junio, en cuanto a la participación de las partes en los peritajes a realizar, indicando:

"La posibilidad de una pericia contradictoria en la instrucción no es una extravagancia legal. De hecho, los arts. 471 y 477 de la LECrim , ofrecen cobertura histórica a esa doble presencia. La consolidación de una práctica que ha proyectado el desuso sobre esa previsión legal no debería actuar como coartada para justificar, siempre y en todo caso, la ausencia de un perito de parte que pueda sumarse a la valoración técnica ofrecida por el facultativo comisionado por el Juzgado, ya sea complementando sus conclusiones, ya matizándolas, ya discrepando abiertamente de ellas. El propio TEDH ha recordado la relevancia del principio de contradicción, incluso en la fase de investigación, en aquellas ocasiones en las que el dictamen pericial elaborado durante la instrucción, haya desplegado luego una influencia decisiva en la apreciación probatoria llevada a cabo por el Tribunal, llegando a estimar violación del derecho a un proceso justo la privación de la posibilidad de contradecir el informe de los expertos (cfr. S. 18 marzo 1997, Case of Mantovanelli v France). Son perfectamente imaginables casos en los que, por razón de la naturaleza del delito que está siendo investigado, el contenido de ese informe pericial llega a convertirse en el acto de investigación más importante durante la fase inicial del

proceso, hasta el punto de condicionar de forma decisiva la viabilidad de la acusación. Y al imputado no le es indiferente, desde luego, uno u otro desenlace de la fase intermedia del proceso. De ahí la importancia de que el contenido de aquellos preceptos, lejos de aparecer como una rémora histórica, se someta a una lectura constitucional que haga de ellos lo que verdaderamente son, un instrumento al servicio del principio de contradicción y de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías. Prescindir de las posibilidades que ofrecen los arts. 466 , 471 y 476 de la LECrim conduce, además, a un indeseado efecto que, en no pocas ocasiones, ralentiza la tramitación ordinaria de la causa, con el consiguiente menoscabo del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Y es que en muchos casos la discrepancia del acusado respecto de las conclusiones periciales sólo puede hacerse valer con dictámenes periciales que se solicitan en el escrito de conclusiones provisionales, cuando la investigación ya ha concluido. Su admisión conlleva la práctica de actos genuinos de investigación por el órgano decisorio, incluso con carácter previo a la toma de contacto con el resto del material probatorio ofrecido por las partes. Y su rechazo injustificado puede erosionar el derecho a la prueba, limitando las posibilidades de contradicción del acusado.”

Anuda esta doctrina con los arts. 19 y 21 de la Ley 4/2015 de 27 de abril y el Estatuto de la Víctima y la Ley 10/2022 de 6 de septiembre, que permite el reconocimiento conjunto y en unidad de acto, por los profesionales intervenientes a fin de evitar la revictimización. La Lecrim, en sus arts. 474, 475 y 476, pretende garantizar el principio de contradicción, también predicable en la fase instructora (arts. 480 y 483 Lecrim), por lo que, con estos mimbres el Juzgado Instructor debió proveer para garantizar y asegurar la práctica en las condiciones de participación indicada.

En definitiva, aun reconociendo la inadecuación de lo actuado, no procede la nulidad de la prueba y su expulsión del procedimiento, habida cuenta del contenido de la sentencia que no anuda el estado posterior de la denunciante, como consecuencia del acto de agresión denunciado, admitiendo la existencia de concausas, sin que por lo demás, y ello es relevante, la Defensa impugne la derivación de la responsabilidad civil con el estado acreditado de salud.

En suma, no se discute que la persona que denunció pueda estar afectada. Pero, lo que no se secuencia en la resolución es la vinculación al hecho, ni se analizan los parámetros utilizados en los informes, más allá de la mención a DMS-5 y al relato de los ítems que señala el informe forense. Tampoco se contrastan las periciales que estaban admitidas, esencialmente en el punto de fijar el estado y afectación de la denunciante que la pericial de Defensa afirma que no puede determinarse en base a las pruebas realizadas, que avalan una u otra conclusión médica.

De ahí que, la sentencia que afirma escoger la pericial forense, no haya sido contundente en la fijación de este hecho-consecuencia, con lo que se acepta la duda y la incerteza del origen y del contenido de la afectación, pues el mencionado TEP en sí siempre está vinculado a un hecho traumático. Y finalmente no se deriva de ello la consecuencia reparadora.

El motivo, que se articula como un tema de derechos fundamentales, no puede tener por lo expuesto acogida y no procede expulsar la prueba de las diligencias o excluir su valoración en esta sede. Por lo demás, ha sido un tema ampliamente debatido en el juicio. El motivo no puede ser estimado.

6.4. Motivo Cuarto: Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter en relación al 846 Lerim, por vulneración del derecho fundamental de la presunción de inocencia, un procedimiento con todas las garantías y a un juez imparcial, con motivo de la existencia de un juicio paralelo en medios y sociedad con impacto en el presente procedimiento.

Lo desglosa la recurrente en: su vertiente procesal con la acreditación del juicio paralelo y el impacto en el procedimiento, y la vulneración del derecho fundamental en la vertiente extraprocesal, así como las consecuencias de estimación del motivo del derecho fundamental lesionado. Conecta este argumento con el esgrimido en el punto segundo de recurso relativo a la inadmisión de determinados medios de prueba, concretamente la documental.

La queja de la Defensa reside en que la sentencia de instancia no aborda en profundidad la respuesta, que no trata de las consecuencias extraprocesales del juicio paralelo y la afectación, en su caso, a la presunción de inocencia, ni la incidencia en la punición por la vía de admisión de atenuación analógica.

6.4.1. El Tribunal de instancia trata la cuestión de la afectación o no al derecho fundamental de presunción de inocencia en el FTO.1º punto 3 de la sentencia respondiendo a las cuestiones previas planteadas por la Defensa al inicio de la vista oral, y, concretamente el tema de "juicio paralelo" trayendo su propia resolución de 9 de noviembre de 2023, indicando además que la existencia de ese juicio paralelo, que no se niega, y las filtraciones puede haber salido del entorno del acusado. (pag. 11/61 de la sentencia). Desestima la cuestión planteada en torno a la imparcialidad, concluyendo que no se vulnera el derecho al juez imparcial, y traslada al texto de la sentencia de instancia fragmentos del auto de 9 de noviembre de 2023 dictado para resolver la impugnación defensiva, relativa a la falta de imparcialidad de la instructora, al evacuar el trámite del art. 627 Lecrim, en el que además planteó la nulidad de lo actuado.

6.4.2. Según el diccionario jurídico Panhispánico, juicio paralelo es un proceso público realizado por los medios de comunicación sobre un asunto que está siendo conocido por los tribunales.

Hay acuerdo sobre que, la afectación a la imparcialidad del Tribunal se ubica en el ámbito intraproceso, directamente vinculado y afectante a la presunción de inocencia. Así lo viene expresando el Tribunal Supremo, señalamos algunas sentencias dictadas en supuestos de casos mediáticos, en las que se aborda el tema de los juicios paralelos, y las respuestas en caso de lesión al derecho a la presunción de inocencia. Así la STS1179/2001 de 20 de julio (caso Lasa y Zabala), la sentencia del de Pleno STC 64/2001 de 17 de marzo (caso Marey), o STS 587/14 de 18 de julio (caso Breton, que referencia la STS 1394/2009, 25 de enero), o la STS 508/2015 (Caso Malaya).

El planteamiento sobre si la afectación extraprocesal por los juicios paralelos, que de constatarse se había venido reconduciendo a la solución

de la reclamación por vulneración del derecho al honor, alcanzan a constituir vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y pueden tener la consecuencia de reconocer una atenuación analógica o afectar a la punición, se ha abordado de forma directa en la STS Nº 508/2015 de 27 de julio, ECLI:ES:TS 2015:3699, FTO.nº 274 revocando la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga St. 535/13 de 4 de octubre, "Caso Malaya", en el extremo relativo a que ésta aplicó la atenuante analógica por vulneración de derecho fundamental en relación a las detenciones irregulares y reparaba la lesión en la propia sentencia. Consta en la sentencia revocatoria parcial del TS un voto particular que trata la posibilidad de que sea apreciada una atenuación dando una autonomía a la presunción de inocencia extra proceso.

Recientemente el Tribunal Constitucional en su sentencia de Pleno 94/24 de 2 de julio, Recurso de amparo 2136/2023 (Asunto ERE) resuelve, en sentido desestimatorio, sobre la incidencia de la publicación de un fallo condenatorio de una sentencia, por vía institucional (a través de la oficina de prensa del TS) antes de que se notifique a la parte, abordando en el FTO.⁷⁰ la evolución jurisprudencial del tema, incorporando las prescripciones del Directiva 343/2016 de 6 de marzo, y acotando los casos en los que se ha discutido la afectación extraprocesal a la presunción de inocencia y la posible repercusión penológica.

6.4.3. En cuanto al tratamiento de la vinculación del juicio paralelo, la afectación a la imparcialidad del tribunal, al reconocimiento de que existe un juicio paralelo y la vulneración del secreto formal de las actuaciones, las sentencias reseñadas aportan argumentos y establecen pautas que nos permiten iniciar el análisis del caso: así la STS 587/14 de 18 de julio ECLI 2014-3086, caso Breton, con tribunal de jurado de la que reproducimos un pasaje que se señala citando otras resoluciones: "(...) decíamos que "... es innegable que todo proceso penal en el que los sujetos activos o pasivos tengan relevancia pública, genera un interés informativo cuya legitimidad está fuera de dudas y que, por mandato constitucional, goza de la protección reforzada que el art. 20 de la CE otorga al derecho de comunicar y recibir libremente información veraz.

"(..) Sin embargo, hasta tanto surjan soluciones normativas que ajusten la publicidad del proceso a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, no cabe otra opción que analizar, en cada caso, si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario, la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación. (...) (...)En definitiva, la imparcialidad no sólo se afirma cuando el desenlace del proceso se distancia de un estado de opinión preexistente. La eventual coincidencia no tiene por qué ser la prueba de un menoscabo de la imparcialidad. Lo decisivo, al fin y al cabo, es el alcance de la motivación exteriorizada (...) y su conexión con los elementos de convicción ofrecidos por las distintas fuentes de prueba (...)". De ello se hace eco la STS 326/2012 de 22 de abril citada por la Defensa, y la STS 678/2020 de 11 de diciembre.

6.4.4. Lo que venía excluyéndose inicialmente por la doctrina, evoluciona hacia la consideración de ese posible reconocimiento, dejándose abierta la respuesta acerca de, si en caso de probarse la existencia del juicio paralelo, la restitución ha de producirse únicamente mediante la declaración de vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia o si, además, puede sustentarse la traslación a una medida efectiva con reflejo en la resolución, entre otras, el reconocimiento de una atenuación de la pena. Como en este caso pretende la recurrente.

La STS Sala 2^a, nº 1179/2001 de 20 de julio, Recurso nº491/2000, ROJ 6461/2001, recogía en referencia al tema un pasaje que delimita el análisis *"(...) en la medida que se pueden conformar juicios paralelos que adelantan y conforman un determinado estado de opinión que no tiene otra solución en una sociedad democrática que la llamada a la responsabilidad de los medios de comunicación y al rigor de la información evitando toda desmesura y sensacionalismo(..)" "(..) En todo caso, y como recuerda la reciente STC 64/2001 de 17 de Marzo --caso Marey--, las filtraciones a la prensa y los juicios paralelos solo pueden ser relevantes intraprocesum en la medida que se produzca un acreditado menoscabo de la imparcialidad o más exactamente de la apariencia de imparcialidad del Tribunal.(..)". El tema clave del planteamiento ha de ser la afectación o no a la presunción de inocencia. Desde el punto de vista extraprocesal implicaría que, conservando el proceso sus garantías, la afectación podría restituirse mediante la correspondiente reclamación referida a la vulneración del derecho al honor, pero no afectaría a la presunción de inocencia.*

(..)". En el mismo sentido, en cuanto a la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo ha desestimado la atenuación analógica (STS 139/2009 de 25 de enero, (Ecli ES TS 2010301)). Remitiendo a litigar por el derecho al honor y a la dignidad.

6.4.5. El TC en la sentencia de Pleno, 94/24 de 2 de julio, ha examinado este tema recorriendo el posicionamiento que ha tenido, analizando la:

"(..) doble lesión, la del derecho a la presunción de inocencia extraprocesal y la de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva. (...)La doctrina constitucional, limitó el ámbito de aplicación de la regla de tratamiento como exigencia del art. 24.2 CE a los procesos penales en curso y a determinadas actuaciones procesales efectuadas por los órganos judiciales(..) en el marco de las decisiones sobre prisión preventiva, (...) y (...) recientemente la inclusión de la cuantía de la pena de multa interesada por la acusación en el importe de la fianza impuesta al acusado(..)"

"(..)Fuera de estos contornos, el Tribunal vino negando a esta «dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia» la consideración de «derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los arts. 10 y 18 de la Constitución (...)». "(..).A la lesión del derecho al honor (art. 18 CE) se ha reconducido el examen cuando se alega la vulneración del derecho a ser tratado como no autor o partície en hechos delictivos en decisiones judiciales fuera del proceso penal,(...)” "(..)Pero también cuando se enjuician manifestaciones del poder público realizadas al margen de un proceso, (...) o las declaraciones de diversas personas con responsabilidades gubernamentales que atribuyen la comisión de delitos a políticos (...)”

"(..)Como pone de relieve la STC 77/2023, de 20 de junio, FJ 5 a),(..)la doctrina constitucional empieza a dotar de autonomía a la dimensión del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento y a proyectarla más allá del estricto proceso penal; y con ello, aproxima esa exigencia a su entendimiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tanto en dichas resoluciones como en la STC 97/2020, de 21 de julio, se consolida el contenido de la presunción de inocencia como regla de tratamiento que, en consonancia con los pronunciamientos sobre el art. 6.2 CEDH, impide tener por culpable a quien no ha sido declarado así tras un previo juicio justo, bien porque no fue condenado en el proceso penal, bien porque todavía no ha habido o no ha culminado el proceso penal; y la consideración de que ese contenido se sitúa y se examina con

carácter autónomo en sede de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), desligado del derecho al honor (art. 18 CE).(...)

(..)En su fundamento jurídico 6: (i) Afirma la autonomía del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que «tiene por objeto salvaguardar o preservar a la persona en su condición de inocente frente a declaraciones de culpabilidad vertidas por la autoridad pública en aquellos casos en que no concurren los requisitos formales y materiales exigibles en un Estado de Derecho para realizar tal aseveración». (ii) Especifica que ese contenido «impide a los poderes públicos, tras declararse judicialmente la inocencia de una persona, cuestionar tal declaración», así como imputar «ilícitos a una persona a pesar de que su culpabilidad no haya sido declarada por un tribunal, en el seno del proceso judicial público diseñado al efecto por el legislador y con todas las garantías». (iii) En sintonía con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fija que la lesión del derecho «queda consumada en el momento en que desde el poder público se emitan declaraciones que no se limiten a describir un "estado de sospecha" sino que vayan más allá, reflejando "la sensación de que la persona en cuestión es culpable", siendo indiferente si se produce con anterioridad a la condena o con posterioridad a la absolución».(..)».

6.4.5. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recogida por la resolución que citamos, *"(..) a) sitúa en la presunción de inocencia como garantía procesal las declaraciones previas a una condena penal que puedan dar la impresión de que la persona es culpable (..); (..) cuando la garantía procesal ya ha operado en el proceso penal (..) sitúa la protección de quienes han sido absueltos o respecto de los que se ha acordado el sobreseimiento, prohibiendo que sean «tratados por las autoridades y funcionarios públicos como si de hecho fueran culpables del delito por el que se los acusó» (...) En otras palabras, la eficacia extraprocesal del art. 6.2 CEDH se identifica con actuaciones posteriores al proceso penal, pero conectadas con él.(..)"*

Continúa desarrollando con detalle el objeto de examen por el TEDH (apartados b, c,) y finaliza señalando las exigencias del art. 6.2 del CEDH, y finaliza con la mención de la Directiva (UE) 343/2016 de 9 de marzo.:

"(..) d) Más allá de las manifestaciones vertidas en resoluciones judiciales, el art. 6.2 CEDH exige que los representantes del Estado -en primer lugar, los jueces que conocen del caso, pero también los representantes de otras autoridades públicas- se abstengan de declarar en público que el acusado es culpable de la

comisión del delito en cuestión antes de que su culpabilidad haya sido debidamente establecida por el tribunal (...)

e) (...) La prohibición de las declaraciones que materialmente, más allá de su tenor literal, sugieran la culpabilidad de quien no ha sido condenado en firme no es incompatible con la posibilidad de que las autoridades informen (...) En esta dirección se pronuncia también el art. 4.3 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, al precisar que la obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables que establece el art. 4.1 «no impedirá a las autoridades públicas divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal o el interés público» (art. 4.3).”

6.4.6. En el caso concreto que tratamos, como expusimos al analizar el punto 6.2., las quejas de la recurrente se concretan en los ítems que señalaremos, incluyendo el grupo de noticias publicadas entre el momento del auto de apertura de juicio oral (9 de noviembre de 2023) hasta el momento del juicio (5,6,7, de febrero de 2024). Los analizamos en base a la doctrina expuesta. La Defensa viene distinguiendo entre noticias tendenciosas, filtraciones y noticias previas a la notificación.

i) El auto de 20 de enero de 2023, en sede de instrucción, acordando mantener la prisión provisional, en el que se menciona la falta de arraigo y las variaciones en la declaración del acusado.

Facilitando el enlace de la noticia señalado. (citada expresamente <https://www.elperiodico.com/es/videos/gente/joana-sanz-pide-divorcio-dani/82260148.shtml>).

La alusión a la noticia del divorcio del acusado que, incorporada a autos fue considerada para estimar que no había arraigo, es un dato aportado por la Defensa, que lo indicó en un escrito de fecha 20 de abril de 2023 que obra en la pieza de situación, escrito de solicitud de libertad en el que lo señala para justificar la primera declaración del investigado que califica de “errática y desnortada”, aludiendo a que, por la infidelidad, la esposa le había manifestado la voluntad de separarse y divorciarse.

El auto dictado por el Juzgado de Instrucción posterior, de 5 de mayo, habla de la inconsistencia del argumento de arraigo por haber solicitado el divorcio la esposa. La noticia a la que alude la defensa de D. A., consultado el enlace, es de fecha 31 de mayo de 2023; es decir, posterior a la resolución dictada. Por ello, no puede sustentarse la afirmación de uso de datos ajenos al proceso.

La misma sentencia de instancia tras reproducir el contenido el auto de 9 de noviembre finaliza en su punto 5 del FTO 3:

"(..)Ningún impacto ha tenido en la decisión de la prisión del Sr. A. el hecho de que haya conocido de alguna circunstancia (el negado divorcio u otra versión de los hechos) por medios diferentes a lo que consta en la causa, puesto que el auto de prisión provisional, que fue declarado firme, no contiene como argumento principal razones que no consten en las diligencias, por lo que tampoco ninguna indefensión se generó, ni se vulneró el derecho a un juez imparcial. Por otra parte, el auto de prisión provisional fue confirmado por la sección 3^a de la Audiencia Provincial. (..)".

En suma, de un lado, el origen de la noticia que surge legítimamente como estrategia de defensa y, de otro, la posterior validación de la medida de prisión provisional por la Audiencia Provincial que conoció su impugnación en apelación excluyen, conforme a la doctrina expuesta, la afectación al derecho a la presunción de inocencia.

ii) El auto de 9 noviembre de 2023 por el que se confirma la conclusión del sumario, se acuerda la apertura del juicio oral, y se rechaza la nulidad de todo lo actuado planteada por la Defensa. Se señala por la recurrente que cita esta resolución en el conjunto de las que entiende que le han provocado vulneración de derechos.

El Tribunal de instancia desestima la petición de la Defensa, efectuada al evacuar el trámite del art. 627 Lecrim, en el que interesa la nulidad de todo lo actuado, desde el 9 de enero de 2023, en base al no acceso a las actuaciones, pérdida de neutralidad de la instructora y la permisión de las filtraciones; lo que indica, que afecta al derecho a un juicio justo y desprovee al Tribunal de enjuiciamiento de la debida imparcialidad objetiva, a lo que añade el no acceso del perito de parte a la exploración

forense de la denunciante. Estos contenidos los trata en varios motivos del recurso.

La alegación que se hace fue ampliamente contestada en el auto dictado por la Sección 21 de la Audiencia Provincial, en fecha 9 de noviembre de 2023 cuyos pasajes se han trasladado íntegramente a la sentencia de Instancia que se impugna, y se recogen en el punto tercero del FTO.1º al contestar las cuestiones previas. Reproduciendo las conclusiones alcanzadas.

Así en su FTO.3º, al fol. 219 indica:

"(..)Este Tribunal no puede por menos que admitir que el principio de presunción de inocencia ampara a cualquier persona, incluso en el ámbito extraprocesal, tal como ha reconocido el tribunal Constitucional y el TEDH. Esta dimensión extraprocesal impide tratar como culpable a quien no ha sido declarado así tras un previo juicio justo o arrojar dudas o sospechas sobre quien ha sido absuelto por sentencia firme. Los procedimientos penales que afectan a personajes públicos tiene una indudable repercusión mediática. Y frecuentemente se debate en diferentes medios de comunicación, incluso se analizan los indicios, y se vierten opiniones que pueden atentar contra el principio de presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal, por más que no provengan de autoridades o funcionarios o públicos. Sin embargo, estos ataques a la presunción de inocencia no tienen consecuencias intra-processum, sino que deben ser prevenidos o en su caso reparados desde el ámbito de protección del derecho al honor.(..).

Cabe añadir que la magistrada instructora no fue recusada por la Defensa, ello también lo expresa el auto citado (FTO.5º), y lo recoge la sentencia de instancia, con amplias referencias al papel de quien instruye tenor de la Lecrim y a la consideración de imparcialidad objetiva y subjetiva, a ello nos remitimos. Debemos insistir en que el ejercicio del derecho de defensa, aunque lo personalicen diversos profesionales a lo largo del proceso y hayan seguido diferentes estrategias de defensa, es único.

En definitiva, aunque la recurrente señala la resolución identificando su fecha, obtuvo respuesta del Tribunal, lo reprodujo en cuestiones previas

en el acto del juicio y ahora lo hace en el recurso, cuestiones a las cuales hemos ido contestado.

Sin embargo, es una constante que la parte no identifica actos concretos, admitido que hay un juicio paralelo por lo público de la persona del acusado y el interés mediático que suscita el tema, que puedan vincularse con la lesión que denuncia.

iii) El escrito de calificación de la Fiscalía, de 21 de noviembre de 2023 y la denunciada filtración del mismo. Alega en este punto que la prensa ha conocido antes que la Defensa los contenidos del citado escrito de acusación, lo que hizo saber al Tribunal el 24 de enero de 2023 (escrito al fol. 298 del Rollo de Sala). Tampoco en este caso se identifica, aparte de la denuncia genérica, la concreción de cuál es el acto que vulnera el derecho, más allá de que estamos en el contexto de un juicio paralelo.

Examinada la causa, se observa que consta diligenciada la notificación a las partes Acusación Particular y Defensa (fol. 259 y 260 con sello de procuradores del 24/11/ a 27/11) de la entrada en la secretaría del Tribunal de enjuiciamiento de la calificación del Ministerio Fiscal, y la entrega de la causa a la Acusación Particular para calificar, que la devolvió el 3 de diciembre. La propia Defensa excluye la filtración por parte del Tribunal, de manera que la remite indirectamente a las partes acusadoras.

Quizás el cuidado de reserva que se ha impuesto por el Tribunal de instancia en la celebración del juicio se echa de menos en el funcionamiento de la secretaría que bien pudo cuidar de notificar con celeridad y de forma simultánea, de la entrada del escrito de acusación.

En cualquier caso, el lapso entre el 21 de noviembre, fecha en la que entra el escrito de acusación de la Fiscalía en la secretaría del Tribunal de enjuiciamiento, y el día 24 de noviembre, en que se da traslado a la Acusación Particular y a la Defensa, aparecieron noticias, concretamente a partir del 23 de noviembre y hasta el 27 de noviembre que dan cuenta del escrito de acusación del Ministerio Fiscal y detalladamente de su contenido, fecha esta última partir de la cual la atención mediática vuelve

a recaer en la denegación de la libertad a la persona acusada, y en el rechazo de un posible acuerdo y, posteriormente, hasta el 5 de diciembre en el que aflora la petición de pena de la Acusación Particular, para derivar luego en la publicación de la fecha del juicio.

En definitiva, la denuncia de filtración y sus posibles consecuencias, se queda en un ámbito difuso en el que no se identifica de donde puede proceder, ni se ahonda en los mecanismos o protocolos de comunicación con la prensa o de difusión de noticias, que pueda tener una institución como Fiscalía, parte acusadora, que funciona de forma autónoma, y es ajena a los mecanismos y protocolos de los órganos jurisdiccionales que se sujetan al protocolo de comunicación, establecido y aprobado por el CGPJ en 2018 y revisado en 2020 que obra en el portal de transparencia de la página web oficial del CGPJ, que contiene las pautas articuladas para la difusión de las noticias judiciales que sean de interés, lo que ha de seguirse por todos los Tribunales Superiores de Justicia.

En el caso de estas actuaciones partimos de la base de que, el Juzgado de Instrucción, declaró la reserva no el secreto sumarial (art. 302 Lecrim.) de las actuaciones y protegió el nombre de la denunciante, abarcando la resolución el ámbito de la revelación de secretos.

Esta reserva se ha mantenido durante todo el procedimiento, ataña a funcionarios y autoridades, de forma que, como se viene estableciendo por la doctrina, no hay vulneración del proceso justo si son los medios, no las autoridades quienes presumen la culpabilidad. La Directiva 343/16 de 9 de marzo del Parlamento Europeo y del Consejo, es tajante en este punto que se refiere a la obligación de no presentar como culpable a alguien sometido a investigación judicial, en cualquiera de sus comparecencias o declaraciones de información.

La difusión del contenido del escrito de acusación ciertamente relata datos y detalles que conforman una narración de culpabilidad del acusado, pero en todo caso se trata de la hipótesis acusatoria que se va a someter a juicio para ser, en su caso, demostrada. En consecuencia, no puede derivarse la conclusión que postula.

iv.) El auto de 18 de diciembre de 2023, de admisión de pruebas y pase a LAJ para señalamiento (folio 331). Tampoco en este punto y sobre la citada resolución identifica la parte recurrente cuál es el acto de difusión (suponemos del contenido de prueba que se solicitaba para el juicio) ni la lesión del derecho fundamental, significando una vez más que el tema que se trata es mediático, por afectación a persona conocida y otra es que haya un juicio paralelo, en este caso se dan ambas circunstancias.

6.4.7. Descartadas las lesiones al derecho fundamental en los items que identifica la Defensa en su recurso, hemos de remitirnos en todo a lo ya expuesto y de estar al contenido de la sentencia dictada en la instancia objeto de apelación y a la valoración de la prueba que se haya realizado.

En suma, no se aprecia la infracción normativa, ni se concreta la indefensión que el recurrente ha sufrido, que en ningún caso aduce. De ninguna manera la actuación judicial cuestionada ha situado al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, por lo que no se aprecia un efecto material de indefensión, con real menoscabo de su derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para sus intereses.

6.5. Motivo Quinto: Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter en relación al 846 Lerim, por vulneración del derecho fundamental de la presunción de inocencia, un procedimiento con todas las garantías y a un juez imparcial y un procedimiento con todas las garantías en conexión con el juicio paralelo. Nos remitimos a lo ya indicado en los puntos anteriores.

La propia sentencia que cita la Defensa, 678/2020 de 11 de diciembre, se refiere a ello recogiendo doctrina (FTO.3º) y refiriéndose a anteriores resoluciones en las que fija "(...). En la STS 344/2019, de 4 de julio (Caso La Manada) abordamos esta cuestión y, teniendo en cuenta otros precedentes, afirmamos que son (...) dos las situaciones en que los juicios paralelos pueden vulnerar el derecho a la presunción de inocencia: antes de la sentencia judicial, cuando la opinión pública se convence de la culpabilidad o inocencia del acusado, y durante el proceso judicial, en cuanto al riesgo de que el juez o jurado se vea influido por la transmisión mediática.

En el primer caso, hablaríamos de la dimensión extraprocesal del debate y, en el segundo, nos referiríamos a su dimensión procesal: la independencia del poder judicial (...). La primera faceta se refiere al tratamiento extraprocesal de los investigados, y si bien no debe haber obstáculo para impedir las noticias sobre este tipo de asuntos (...) la forma y el contexto en que se divulgue la información no deben crear la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley (...). (...) A esta cuestión se refiere la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia.

La segunda faceta se refiere a la posibilidad de que el juicio paralelo afecte a la imparcialidad judicial, en tanto que una información hostil en los medios de comunicación puede tener una influencia negativa sobre un proceso concreto, aunque ello ocurra en casos excepcionales y poco comunes(..) Pero para afirmar que el juicio paralelo ha supuesto la vulneración del derecho a la presunción de inocencia se precisa que en el caso concreto se constate que el juicio de autoría proclamado en la sentencia ha tenido como soporte, no el material probatorio generado en el plenario, sino la percepción anticipada e inducida por los medios de comunicación (STS 587/2014)."

En el caso que tratamos, ya hemos indicado que no ha habido afectación a la imparcialidad, que la Defensa refería a quien instruyó la causa, lo que ha sido ampliamente contestado ya desde la sentencia de instancia. Tampoco, se ha producido afectación alguna en relación a la presunción de inocencia, como hemos tratado en el punto anterior (6.4) al que nos remitimos. El motivo no puede ser acogido.

6.6. Motivo Sexto: Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter en relación al 846 Lecrim, por vulneración del derecho fundamental al derecho de defensa a un recurso efectivo, a tutela judicial efectiva, y un procedimiento con todas las garantías (ex.art.24 CE) en relación a la pixelación y distorsión de la voz declaración de la denunciante.

Es cierto que la apelación tal como la concebimos debe permitir a la sala de revisión visionar la grabación del juicio, en sus términos. El auto que acordaban la pixelación no fue recurrido en súplica por la parte que ahora

alega, y sí que planteó el tema en cuestiones previas, protestando por ello. Las acusaciones afirmaron su conformidad con el acuerdo del Tribunal.

En este punto, a pesar de que la pixelación se acordó por resolución judicial, una vez examinada, consideramos que es excesiva, ya que pudo restringirse, si se entendía imprescindible al rostro de la denunciante, y deben extremarse las precauciones para futuras resoluciones en ese sentido precisando exactamente cuál es la superficie a la que afecta la pixelación, o bien incorporando unas medidas de protección podían haber sido, entre otras, la no entrega de las grabaciones video gráficas a las partes.

Lo cierto es quienes asistieron al juicio vieron el desarrollo del mismo hicieron las preguntas pausas etc. que tuvieron por convenientes, y que desde luego en el juicio por la vía del art. 714 Lecrim se han introducido contradicciones en relación declaraciones de instrucción, en las que sí se observan directamente los gestos.

Por otra parte, cabe señalar que la declaración es unicomprensiva, las meras cuestiones de detalles gestuales no pueden enturbiar la valoración ni por el Tribunal de instancia ni por el de apelación.

La Defensa, que ahora recurre, en un motivo más que escueto, menciona alguno de los gestos de la denunciante en su declaración diciendo "no se ve", no indica en que le está provocando ello indefensión, es una denuncia formal, que en este caso ha servido para alertarnos de cómo debe cuidarse cualquier extremo que restrinja el acceso a la imagen o al sonido de conformidad con los arts.621 Lecrim y 25.2. del Estatuto de la Víctima.

Cabe recordar que en aplicación de la normativa que el propio auto del Tribunal de instancia señala, se vienen haciendo distorsiones de voz para protección de victimas p.ej. de trata de seres humanos. En este caso ya se había acordado realizar la declaración a puerta cerrada, las acusaciones pedían que se celebrara todo el juicio en esas condiciones. Lo más significativo, como decimos, es que no se indica en que ha

consistido la lesión al derecho, ni en que consiste la deficiente valoración en relación al gesto concreto efectuado. El motivo no puede tener acogida.

6.7. Motivo Séptimo: Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter en relación al 846 Lecrim, por vulneración del derecho a ser informado de la acusación y del derecho a un proceso con todas las garantías art. 24.2 CE, al no haberse imputado nunca en fase de instrucción un delito de lesiones a mi mandante no siendo procesado por dicho delito tampoco y subsidiariamente prescripción del delito leve de lesiones.

Alega en este punto que la persona acusada, que tiene derecho a recibir toda la información de la acusación que se formula, y no la tuvo, cita a los efectos sentencias del TS, relativas al derecho a conocer la acusación en relación a guardar la equidad en el procedimiento. Así como otras del STJUE (Gran Sala de 23 de noviembre de 2021 (asunto C-564/19) y en relación a la Directiva 2012/13 UE y al derecho a la información en los procesos penales, de las que transcribe varios párrafos. Fijando que la información ha de referirse a los hechos materiales.

Ciñéndose al asunto, indica que no se le dijo en la primera declaración, ni en la segunda el 17 de abril de 2023, que tampoco se califica en el auto de procesamiento pues se procesa únicamente por agresión sexual con acceso carnal sin referencia al delito de lesiones.

La consecuencia que extrae es que debe de excluirse del fallo la condena por el delito leve de lesiones, y subsidiariamente solicita que se declare prescrito, con base en el art. 130 CP, al no haberse efectuado la imputación del art. 147.2 CP por delito leve de lesiones siendo que los hechos son del día 31 de diciembre de 2022, y la sentencia la primera que lo recoge.

Nos remitimos a lo que trataremos en el punto siguiente (6.8). Como planteamiento, no puede darse una desvinculación del hecho a la consecuencia que la sentencia le asigna, es decir la entidad suficiente que se vincula al delito principal. No puede prosperar la prescripción alegada.

6.8. Motivo Octavo: Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, art. 846 bis b) y 846 ter en relación al 846 Lecrim, por vulneración del derecho a ser informado de la acusación y del derecho a un proceso con todas las garantías art. 24.2 CE, al haber excedido los escritos de acusación del contenido fáctico del auto de procesamiento.

Señala concretamente el escrito de acusación del Ministerio Fiscal en el que consta: "*(...) le manoseo todo el cuerpo, y trató de realizarle sexo oral sin lograrlo por la resistencia que opuso la víctima(..) y sin usar preservativo y sin su consentimiento(..)*", y en cuanto al escrito de la acusación particular pag,.4 "(*párrafos 2 y 3: a consecuencia de estos hechos, nuestra representada presento las siguientes lesiones: Lesiones físicas, erosión aproximadamente 2x1 cm a nivel de la rodilla izquierda con tres hematomas adyacentes el mayor de 1 cm de diámetro , según informe médico forense de fecha 5 de abril de 2023 se observa cicatriz de rodilla izquierda de 2x1cm.*)"; y en la conclusión 2^a se acusa por un delito de lesiones; que en el auto de procesamiento, no se menciona; invoca las sentencias del TS 78/2016 de 10 de febrero reiterada en las de 18/1/23 y de 31/5/23. El citado auto de procesamiento, no fue recurrido por las acusaciones por lo que, ello, no podía incluirse.

En nuestro Rollo de Sala nº 306/23, sentencia nº 418 de 17de febrero hemos tratado esta cuestión en el sentido de dar por válida la mención al hecho, que es lo que importa y no tanto la calificación formal, que se concreta en el escrito de acusación. Precisamente en el caso era el inverso no había mención a los hechos que debían dar soporte probatorio a la posterior calificación, y el auto de procesamiento no fue objeto de recurso. Decíamos en el mismo que "*(...) Es cierto tal como se afirma que el objeto del proceso es de cristalización progresiva siendo así que el auto de procesamiento es la primera de las decisiones que contribuye a la fijación de los aspectos subjetivos y objetivos del proceso. También es cierto que son las conclusiones provisionales de las acusaciones las que permiten formalizar la pretensión punitiva y delimitar por primera vez el objeto del proceso y en todo caso las conclusiones definitivas, una vez practicada la prueba, las que delimitan de modo definitivo el ámbito decisorio del órgano jurisdiccional. Ahora bien, aun no siendo la vinculación objetiva sinónimo de identidad objetiva, pues ha de considerarse cierta flexibilidad derivada del progreso de las investigaciones y ulterior prueba, se han de respetar en todo caso los presupuestos fácticos*

nucleares que definen el tipo objetivo por el que se acordó el procesamiento. Es decir, aun admitiendo un margen amplio de flexibilidad en la determinación objetiva del proceso, en todo caso se exige el respeto al núcleo esencial e identificativo de los hechos imputados establecidos en el Auto de procesamiento, sin perjuicio de aspectos fácticos complementarios, que las acusaciones pueden implementar tanto en sus conclusiones provisionales, como en las definitivas en atención al resultado de la prueba, del mismo modo que el Tribunal puede incluirlas en su sentencia, siempre que se respete la esencia del hecho ya atribuido en el Auto de procesamiento. (...)”

En el auto de procesamiento consta en la descripción fáctica que, entre otras cosas: “(...) le cogió la parte posterior de la cabeza y la tiro al suelo hecho que fue lo que provocó la herida (pone heria) en la rodilla que ha quedado recogida en las fotografías y que fue reseñada por el informe del médico forense (...)”. Por tanto, hay una mención expresa. El motivo no puede tener acogida.

6.9. Motivo Noveno: Infracción del precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex.art.846 bis b, y 846 ter en relación al art.790.2 de la Lecrim (art.24 CE) en relación a un hecho declarado no probado.

Alega en este punto que han de modificarse los hechos declarados probados, debiendo incluir que una vez dentro del aseo, la denunciante practicó de forma voluntaria una felación al D. A., teniendo en cuenta que la sentencia da por probado que, los hechos por los que se le condena sucedieron dentro del baño sin que conste: “ni que el acusado introdujera el pene en la boca de la denunciante, ni que esta accediera a voluntariamente a practicar una felación (...)”.

Cuando luego se dice (pag.30 st): “respecto a lo ocurrido en el baño podemos descartar la existencia de una penetración bucal inconsentida de la víctima, por no quedar suficientemente acreditado” (...).

La Defensa ha planteado este motivo de forma autónoma, cuando está íntimamente relacionado con la valoración de la prueba.

El relato factual ha de contrastarse con el contenido de la hipótesis acusatoria y, si en este no se incorpora un hecho, ha de entenderse que

no se da por probado, no siendo imprescindible su constancia. Dicho ello la heterointegración está referida a elementos que no sean nucleares de los hechos.

En este caso lo es, pero entendemos que, con la mayor o menor fortuna en la redacción, del hecho se desprende claramente que no se prueba la felación inconsentida que es el objeto de acusación y que, contrastado con los escritos acusatorios, tanto del Ministerio Fiscal como de la Acusación Particular, que residencian en ese punto la violencia y el forzamiento a realizarla, indicando también que la denunciante se resistió.

En el FTO.4º in fine se indica:

"De esta manera respecto de lo ocurrido en el baño podemos descartar la existencia de una penetración bucal inconsentida de la víctima, por no quedar suficientemente acreditado. Y respecto del resto de violencia empleada tampoco podemos tener por acreditado que el acusado cogiera del pelo a la denunciante, que la atrajera contra su cuerpo cogiéndola por la nuca, ni que le obligara a llamarle puta. Estos hechos, que serían anteriores a la penetración vaginal, no quedan acreditados por ningún otro extremo más que por las manifestaciones de la denunciante y estarían dirigidas precisamente a lograr la felación que ya se ha explicado que no queda acreditada."

En definitiva, la pretensión subyacente del recurrente, de que se declare expresamente probado, no puede acogerse; ello sin perjuicio del análisis que efectuamos en los siguientes motivos relativos al error en la valoración de la prueba. El motivo no puede tener acogida.

6.10 y 6.11. Los motivos 10 y 11 del recurso se refieren a la valoración de prueba, por lo que queda justificado el tratamiento conjunto de ambos puntos que abordamos a continuación, sin perjuicio de exponer primero, en cada epígrafe, la queja del recurrente.

6.10. Motivo Decimo: Infracción del precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex. art. 846 bis b, y 846 ter en relación al art. 790.2 de la Lecrim. (art.24 CE) por razonamiento irracional y valoración unidireccional de la prueba.

La Defensa en síntesis alega lo siguiente:

i) Que el factum de la sentencia se basa en razonamientos ilógicos, señalando que debe analizarse desde la apelación la racionalidad y coherencia de los mismos. Que, aunque anuncia que no hay presunción de veracidad de la víctima ni su declaración debe prevalecer sobre las manifestaciones del acusado, no hace ninguna valoración de la declaración del mismo, limitándose a exponer lo que éste dijo en el plenario.

ii) Que se ha condenado partiendo de un error metodológico de base, al decir que lo ocurrido desde la entrada en la discoteca no se corresponde con lo declarado por la denunciante, pero entender que no hay obstáculo para considerar veraz la penetración vaginal no consentida en el interior del aseo alegando "*la posibilidad de que se dé credibilidad a parte del relato (de la denunciante) y a otra parte no.*" (st. pag28).

Se añade la exclusión de veracidad por parte de la sentencia, no solo en los hechos anteriores a lo sucedido en el baño, sino también a otros en el interior así: que se habían besado, los relativos a la felación (que ella niega), pero hay ADN bucal; o que D. A. la hubiera levantado del suelo para intentar practicarle sexo oral y colocándole en el lavamanos de espalda a él. (pág. 5 de la sentencia).

iii) Que la sentencia tampoco es racional en cuanto a los cánones de verosimilitud y persistencia, afirmando que la falta de un parámetro no sirve para subsanar ni reforzar la falta de veracidad intencional de un testigo tanto en hechos nucleares como no nucleares. Evidenciando que en este caso se fundamenta que el relato no se ajusta a la verdad, pero no por el trascurso del tiempo o por incapacidad de relatarla.

Respecto a la penetración vaginal inconsentida, alega que la sentencia que el acusado reconoce la penetración y la eyaculación (st. pág.30), indicando que la corroboración de (no consentida) pivota sobre la ausencia de consentimiento manifestada por quien falta a la verdad tanto en hecho del interior del baño como de hechos sucedidos en el exterior.

Concluye que ni el comportamiento de D. A. ni el de la denunciante objetivan elementos de corroboración de la falta de consentimiento, repasa el tratamiento en la sentencia sobre otros elementos, como la lesión en la rodilla y el posible origen, y la existencia o no de estrés post traumático,

en relación a la diferente valoración del estado de la denunciante y el genérico análisis que hace la sentencia de la discusión nuclear en cuanto a la metodología usada en las pruebas psicométricas disponibles, la insuficiencia de los resultados alegado por los peritos de la Defensa para establecer el diagnóstico asumido por la sentencia y el núcleo de la diferencia entre los profesionales para dictaminar, unos EPT y los otros ansiedad generalizada de origen inespecífico.

iv) Sobre la persistencia en la incriminación, señala que la sentencia afirma que la declaración de la denunciante ha sido concreta y detallada, (aunque solo la da por probada en un 20%), y que solo se pueden introducir declaraciones contradictorias por la vía del art. 714 Lecrim, negando la posibilidad de contrastar declaraciones extramuros de los declarado en el proceso penal, (st.pag.37/38). Sin embargo, luego las aborda constatando el cambio de relato de la denunciante, dijo que había habido introducción de dedos, o era del pene, o, a si se habían besado o no. Concluye la recurrente estableciendo la distinción entre la activación del mecanismo del art. 714 Lecrim, y la valoración del concepto de persistencia que considera más amplio.

v) Finaliza invocando la Directiva 343/2026 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 9 de marzo, en relación a que la carga de la prueba corresponde a la acusación y a las exigencias de respeto a la presunción de inocencia, concluye indicando que lo mediático del caso no puede rebajar ni los estándares exigibles, ni la garantía de que cualquier duda sobre la culpabilidad ha de beneficiar al sospechoso o acusado (art 6.2). Cita en apoyo de su tesis la STS 22/2018 de 17 de enero.

6.11. Motivo Decimoprimerº Infracción del precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia ex art. 846 bis b y 846 ter en relación con el 790.2 Lecrim. por la no aplicación de las máximas de experiencia en la relación con la posición de las huellas dactilares e innecesidad de la práctica de la prueba pericial al respecto.

Alega en este punto que también vulnera la presunción de inocencia la sentencia que se dicta en base a premisas contrarias al sentido común, y a las máximas de la experiencia. En síntesis, entiende que el elemento

corroborador de la versión de D. A., sobre cómo se produjeron los hechos, está en la prueba lofoscópica y sus conclusiones.

Sostiene que la sentencia omite tratar el tema bajo la premisa de que, por el lugar donde estaban las huellas, no se puede conocer ni saber dónde se hallaba apoyada la denunciante, considerando el Tribunal que habría sido necesaria otra pericial sin precisarla. Añade que en este punto tampoco esa prueba acredita el relato de la denunciante, y que el razonamiento no es lógico porque manos solo hay dos.

Introduce pasajes de la sentencia, que reproducen el relato de ella en el interior de la suite del reservado, sobre que D. A. la puso contra el lavamanos para intentar practicar sexo oral (...) "recuerda que luego la puso en el en el lavamanos y después todo paso muy rápido que él decía que dijera que era su puta, le hablaba en portugués, la levanto, la giró en el lavamanos (st. pag.21); y refleja la pregunta de la Defensa sobre este particular a lo que ella (denunciante) añade: "se apoyó en el lavamanos y supone también en la taza del wáter".(..).

Los anteriores pasajes, los contrapone a otro de la sentencia, que declara no probada esta secuencia: "tampoco ha resultado probado que el Sr. A. tratara de practicar sexo oral a la Sra.(xxx), levantándola del suelo y colocándola en el lavamanos de espaldas a él (st. pag. 5)".

Menciona que no había rastro de huellas en el lavamanos. (*folio 81 Tomo 1 ratificado por MMEE TIP 000 video 6 Arconte de 6 de febrero de 2024 16:53:26horas*).

Respecto al hecho de la penetración vaginal recoge lo que la denunciante declara a la abogada de la Defensa (st.pag.25) "(...) se apoyó en el lavamanos y supone que en la taza del wáter, empezó a tocarle más, a manosearla, la empezó a penetrar(..)".

Y finalmente se llama la atención sobre el uso de art.741 Lecrim, pues a la pregunta de la Defensa: "cuando dice que la pone contra la cisterna del wáter, ¿recuerda donde tenía apoyadas las manos? Responde: "(..) como he comentado recuerdo estar apoyándome también en la taza del wáter eh, y recuerdo en la cisterna, pero no sé en qué punto exacto toque la cisterna ni de dónde ni del wáter en general solo de estar apoyándome porque estaba cayéndome.(..)"

En la declaración de Instrucción grabada en Arconte (mn.21:06 a 21:11), la jueza le pregunta "(..) *¿dónde se tira la cadena? y la declarante dice "exacto".(..)*". Gestualmente en Instrucción indica que se apoyó con las dos manos.

Continúa señalando el resultado de la prueba lofoscópica (fol. 950), fotografía cisterna, imagen 11 con la huella L10 del Item 5, fotografía 55 del CD (reportaje al folio 849), y pericial lofoscópica (informe 4UTPCMB 5694/2022, al folio 944) en el que se dice que este lofograma L10 Item 5 "*es coincident amb el dactilograma correspondent amb la vora cubital del palmell dret*"). Ello resulta incompatible con el relato de ella pues la única huella encontrada es de la mano derecha en la parte izquierda de la cisterna, lo que no puede ser si se estaba mirando hacia el retrete como afirma. Concluye que no era necesaria otra pericial pues se deduce a partir de la identificación de las huellas, de lo que sigue que los hechos no pasaron como ella dice sino como lo dice D. A., cuya versión se corrobora con la mencionada lofoscópica.

6.10.1. Hemos dicho en otras ocasiones que el Tribunal de enjuiciamiento ha de evaluar, de acuerdo con criterios objetivos o intersubjetivamente compatibles, tanto las pruebas que se practiquen como el grado de apoyo que prestan a los hechos afirmados por las partes. Esto es, ha de valorar todos los medios de prueba practicados, tanto los de cargo, como los de descargo, e identificar las informaciones provenientes de cada medio de prueba que considere provisionalmente relevantes y fiables y las razones para ello (lo que se conoce como valoración individual). Acto seguido, habrá de valorar conjuntamente dichas informaciones probatorias y establecer qué relaciones existen entre ellas y con los hechos objeto de juicio, y determinar cuáles estima Definitivamente relevantes y fiables (valoración conjunta). Por último, decidirá si tales informaciones permiten obtener una certeza objetiva acerca de los hechos enjuiciados aplicando el estándar probatorio que impone la presunción de inocencia.

Por tanto, en materia de hechos, el Tribunal de apelación podrá revisar la resolución de instancia en los siguientes casos: a) Cuando en la misma se advierta irracionalidad, arbitrariedad o manifiesta insuficiencia de la motivación fáctica. Ello podrá tener lugar por un manifiesto apartamiento

de parámetros racionales de argumentación o de máximas de la experiencia, por haberse obtenido las conclusiones fácticas sin fundarse en ningún medio de prueba, o por haberse omitido todo razonamiento sobre pruebas relevantes. b) Cuando, tratándose de sentencias condenatorias se cuestione la validez, licitud y suficiencia de la prueba de cargo.

En particular, y en cuanto a la suficiencia de la prueba de cargo, el tribunal de apelación podrá examinar si la valoración probatoria resulta lesiva del derecho a la presunción de inocencia, lo que puede tener lugar en los siguientes casos: b.1) cuando la hipótesis acusatoria no sea capaz de explicar todas las informaciones probatorias disponibles que se hayan reputado fiables, integrándolas de forma coherente. b.2) cuando las informaciones probatorias disponibles estimadas fiables sean compatibles con hipótesis alternativas más favorables, probables conforme a máximas de la experiencia. b.3) o cuando las informaciones probatorias disponibles estimadas fiables sean compatibles con hipótesis alternativas plausibles más favorables, alegadas por la Defensa y sobre las que haya aportado algún principio de prueba.

6.10.2. Partimos en este análisis de las exigencias a cada una de las hipótesis planteadas, la acusatoria y la defensiva. La sentencia del STS 23/2023 de 20 enero, fija el argumento del canon de suficiencia probatoria, recogido y ampliado en la sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional STC 72/24 de 20 de junio, que analiza especialmente el alcance de la apelación respecto de las sentencias absolutorias y condenatorias.

i) La primera STS 23/23 de 20 de enero, establece entre otras cosas lo siguiente, FTO.5º "... *Cabe recordar que cuando de lo que se trata es de declarar acreditada de manera suficiente la hipótesis acusatoria (STS 762/2022, de 15 de septiembre), el canon de suficiencia probatoria debe ser, en virtud del principio de presunción de inocencia, particularmente exigente. Los resultados probatorios deben permitir justificar que dicha hipótesis no solo se corresponde a lo acontecido sino también que las otras hipótesis alternativas en liza carecen de una mínima probabilidad atendible de producción. (...).*

(...) Como consecuencia, y de contrario, surge la obligación de declarar no acreditada la hipótesis acusatoria cuando la prueba practicada arroja un resultado abierto. Lo que se dará cuando la hipótesis defensiva singular o la hipótesis

presuntiva general de no participación que garantiza, de partida, el principio de presunción de inocencia, como regla de juicio, aparezcan, desde criterios racionales de valoración, también como probables, aun cuando lo sean en un grado menor que la tesis acusatoria. Insistimos, el problema se centra en el diálogo entre dos hipótesis, una acusatoria y otra defensiva, pero que no parten, ni mucho menos, de las mismas exigencias de acreditación. La primera, reclama un fundamento probatorio que arroje resultados que en términos fenomenológicos resulten altísimamente concluyentes. La segunda hipótesis, la defensiva, no. (...)

(..) Este doble estándar responde a las diferentes funciones que cumplen. La primera, la acusatoria, está llamada a servir de fundamento a la condena y, con ella, a la privación de libertad o de derechos de una persona. Por tanto, está sometida al principio constitucional de la presunción de inocencia como regla epistémica de juicio, por lo que debe quedar acreditada más allá de toda duda razonable. La función de la segunda, la hipótesis defensiva, es muy diferente: es la de debilitar, en su caso, el aspecto conclusivo de la primera. No, de forma necesaria, excluirla. La presunción de inocencia no exige, sin riesgo de desnaturalizar su ontológica dimensión político-constitucional como garantía de la libertad de los ciudadanos y límite al poder de castigar del Estado, que la hipótesis alternativa defensiva se acredeite también más allá de toda duda razonable, como una suerte de contra-hipótesis extintiva o excluyente de la acusatoria.

Sigue manteniendo nuestra jurisprudencia, que para que despliegue efectos el componente reactivo del derecho a la presunción de inocencia basta con que la hipótesis de no participación -la específica identificada por la defensa o la genérica de la que parte toda persona acusada por el simple hecho de serlo- goce de un umbral de atendibilidad suficiente para generar una duda epistémica razonable. Esto es, una duda basada en razones, justificada razonablemente y no arbitraria. (..) La consistencia de la duda razonable no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos que fundan la condena. Como a la inversa, la contundencia de la hipótesis de condena tampoco se mide en sí sino según su capacidad para neutralizar la propuesta absolutoria -vid. STS 229/2021, de 11 de marzo -(...)"

ii) La sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional, STC 72/24 de 20 de junio, parte de la premisa de que la asimétrica posición de garantía de las partes en el proceso penal repercute sobre las exigencias de motivación de las sentencias penales dictadas en la instancia, de modo que deben ser más rigurosas si son condenatorias requiriendo un "canon reforzado de

motivación". Analiza en relación a estas últimas en el FTO.3, entre otras cosas lo relativo a la asimétrica posición de garantía de las partes en el proceso penal, y las exigencias de motivación de las sentencias penales, indicando, entre otras lo siguiente:

" (...) dado que en el proceso penal la presunción de inocencia es una regla de juicio que garantiza el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3), a las sentencias condenatorias se les exige una motivación reforzada y completa: tanto en lo que se refiere a su presupuesto fáctico (hechos que se declaran probados), como en el plano jurídico, al afirmar la subsunción de la conducta declarada probada en el tipo penal que justifica la pretensión acusatoria (juicio este último que se encuentra sometido a las reglas que definen el principio de legalidad de las infracciones y sanciones [art. 25.1 CE]). (i) Como tuvimos ocasión de recordar en las SSTC 169/2004, de 6 de octubre, y 246/2004, de 20 de diciembre, la motivación de las sentencias penales es siempre exigible ex art. 120.3 CE, esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante, reiteramos entonces que en las sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales —y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal— la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello hemos reforzado el parámetro de control utilizable para enjuiciar su suficiencia(...). Particularmente, en el plano fáctico, la sentencia penal condenatoria ha de exteriorizar en su razonamiento las pruebas relevantes tomadas en consideración y la existencia de una conexión fundada entre las pruebas y la declaración de hechos probados; conexión que debe ser aplicación razonada de las reglas de la lógica, ciencia y experiencia, de modo que sea posible realizar un juicio externo sobre las que llevan al juzgador a considerar alcanzada la convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable (STC 340/2006, de 11 de diciembre, FJ 4). (...)".

Dicha asimetría también repercute sobre el fundamento de la pretensión de revisión en apelación de dichas sentencias, así, tratándose de las condenatorias, dicho fundamento radica en el derecho al doble grado de jurisdicción, reconocido en el art. 14.5 PIDCP (Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos) y el art. 2 del Protocolo 7 del CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos). Por el

contrario, en el caso de sentencias absolutorias, se trata del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por lo que el legislador dispone de un amplio margen de configuración para regular el recurso. Ello tiene una gran trascendencia, pues el canon de revisión es distinto tratándose del derecho al doble grado de jurisdicción que cuando se trata del derecho a la tutela judicial efectiva. (...)."

En definitiva, tratándose de sentencias de condena, el Tribunal de apelación debe acudir tanto a la sentencia como a las pruebas, y dispone de libertad de criterio para reevaluarlas. En el ámbito fáctico se reconocen al Tribunal de apelación facultades revisoras totales, mientras que en el caso de sentencias absolutorias la extensión del control se asemeja al de la casación. Tales reglas se enuncian con claridad como se deduce del FTO 4e) de la citada resolución; lo que no excluye el deber del Tribunal de apelación de confrontar la sentencia como documento con la prueba.

6.10.3. Establecido lo anterior en cuanto al alcance y exigencias de la apelación, significamos que para resolver el presente recurso hemos visualizado íntegramente el juicio, examinado la documental, la documental videográfica que obra en la causa, contrastando las reseñas de ubicación en los autos o en las grabaciones del juicio.

En la sentencia dictada por el Tribunal de instancia, aparte de resolver algunas de las cuestiones previas planteadas, anticipadas en el acto de la vista, se da cuenta de la prueba que ha sido admitida y practicada en juicio, a partir del fundamento segundo.

Así, la declaración de la denunciante, de la amiga, la prima, los camareros y personas de seguridad, y el responsable de la discoteca Sutton, los MMEE que han intervenido al inicio, los testigos de la defensa, en particular la esposa de D. A. y amigos que le acompañaron durante el día y luego por la noche, el dueño del restaurante donde estuvieron. La pericial de los médicos forenses que atendieron a la denunciante y luego cursaron los informes. La psicóloga forense. Los peritos psiquiatras presentados de la defensa, la psicóloga privada de la denunciante. La prueba pericial médica se practicó de forma conjunta. La pericial de los MME que hicieron la inspección ocular, los que practicaron la prueba lofoscópica y sus

conclusiones, los peritos respecto a la prueba biológica sobre ADN. Toda la documental que ya obraba en los autos, la médica (centro hospitalario Hospital Clínic, y la del CAP), y la unida a los atestados realizados por MMEE. La documental aportada por el Ministerio Fiscal en cuestiones previas (emails, entre la primera abogada de D. A. los MMEE) y la aportada por la Acusación Particular informes de asistencia de la denunciante partes de baja y documentación del Centro asistencia a víctimas de agresiones sexuales. Se ha incorporado la pericial psiquiátrica del acusado, la documental que obraba en autos aportada por las partes (auto apertura), incluidas las grabaciones de la cámara corporal del MMEE nº de TIP nº 0000 que acudió al Sutton, las de las cámaras de video vigilancia de la discoteca, y la pericial gráfica aportada por la Defensa, no impugnadas. Así como la documental aportada en esta segunda instancia.

Dejamos constancia de que el Tribunal de instancia, ha trasladado al texto de la sentencia la jurisprudencia acerca del valor de la declaración de la "victima", en particular cita y transcribe in extenso la STS 32/24 de 11 de enero, para apoyar su convicción sobre la credibilidad de la denunciante, la STS 636/2018 de 12 de diciembre sobre que no hace falta que concurran todas las pautas o criterios para la valoración de la testifical, que cita otras la 381/2014 de 21 de mayo, y la STS 3/24 DE 11 de enero sobre introducción de declaraciones sumariales en el acto del juicio.

6.10.4. La sentencia dictada por el Tribunal de instancia concluye, en síntesis, lo siguiente:

i) Que alcanza la convicción sobre los hechos al valorar positivamente la testifical de la víctima, con otras pruebas que corroboran su relato, en el núcleo esencial (dice con algunas particularidades), que ha sido coherente y especialmente persistente, a largo de la instrucción y en el plenario, sin contradicciones relevantes. Analiza el parámetro de credibilidad subjetiva (FTO 3º) concluyendo que no hay móvil espurio, ni nada que indique la intención de perjudicar al acusado; tampoco concurre el de interés económico, ni ningún dato que permita dudar de la credibilidad de la víctima en este sentido. Analiza luego la credibilidad objetiva, las corroboraciones periféricas y la persistencia en la incriminación, así:

ii) Analiza la credibilidad objetiva (FTO 4º) en base al relato de la denunciante y a la prueba gráfica, distinguiendo entre los hechos que ocurrieron antes de entrar en la “suite” del reservado y los que pudieron ocurrir dentro del mismo.

ii.i.) Respecto de hechos anteriores a entrar en la “suite” del reservado concluye que el relato de la denunciante no se compadece con el resto de la prueba:

"(..) Contrastando la versión de la denunciante con lo registrado en las cámaras de seguridad podemos concluir que no coinciden estas versiones. No se aprecia en las cámaras que la denunciante y sus amigas se encuentren incómodas o que la denunciante no se encuentre a gusto, no acepte o no tenga voluntad de seguir la fiesta con las personas que acababa de conocer. Se la ve participar en el baile con el acusado de la misma manera que lo harían cualesquiera otras personas dispuestas a pasárselo bien. E incluso puede apreciarse que existe cierta complicidad.

De ahí que no parezca razonable la versión de la denunciante conforme a que acudió a hablar con el acusado a la zona del baño por miedo a que después de la discoteca estos chicos pudieran seguirles y hacerles algo a ella y sus amigas. Y más que vaya a hablar con él dos minutos después de que este se haya ido. Más bien parece un acuerdo previo de ir uno después de otro. Ni es coherente con lo que hemos observado en los vídeos ni es lógico atendiendo a la cantidad de personas existentes en la discoteca, incluidos personal de seguridad o a la posibilidad de acudir a la policía al salir de la discoteca.

Concluimos que la denunciante acudió voluntariamente a la zona del baño de la suite, con el propósito de estar con el acusado en un espacio más íntimo. Y que desde el lugar donde se encontraba podía saber que se dirigía a un espacio cerrado, posiblemente un baño, tal y como se desprende de la prueba documental aportada por la defensa donde se puede observar el interior desde donde accedió la denunciante (folios 148 y siguientes de la pericial videográfica y de reconstrucción de los hechos realizada por D. Francisco Marco y que no ha sido impugnada).(...)"

Y añade otros datos para justificar que, una determinada actitud, no implica consentimiento a la relación sexual, diciendo:

"(...) que haya bailado de manera insinuante, que haya acercado sus nalgas al acusado, o que haya podido abrazarse al acusado puede hacernos suponer que prestaba su consentimiento a todo lo que posteriormente pudiera ocurrir (...)" (st. pag.30/61)"

Concluye que el ámbito de la credibilidad de la denunciante se ve afectado, porque parte de la declaración no se corresponde con lo acaecido. No obstante, estima que ello no afecta al resto del relato (lo que ocurre dentro de la "suite") porque la versión se ha mantenido en el tiempo, porque no tiene motivos para acusar falsamente, y sobre todo por la reacción de la denunciante posteriormente a los hechos:

"(...) la reacción de la denunciante tras los hechos es tan coherente con la existencia de una relación vaginal inconsentida, que la misma no se puede llegar a entender sino es desde el convencimiento de que han ocurrido los hechos tal y como vienen relatados por la denunciante en este punto.(...)".

Y cierra afirmando, *"Pero este desajuste no afecta al núcleo esencial de la conducta que se atribuye al acusado, por lo que no permite privar de credibilidad al relato de los hechos referidos a la penetración vaginal inconsentida(...)"*.

ii.ii) En cuanto a los hechos que ocurrieron en el baño de la "suite" señala: que no puede contrastar el relato de la denunciante con las cámaras, (que difiere del acusado), pero *"(..) en lo que se refiere a lo ocurrido en el baño, el relato de la denunciante no es incoherente con el resto de vestigios hallados en el lugar de los hechos y las pruebas practicadas en el plenario a las que luego nos referiremos cuando hablaremos de las corroboraciones periféricas. (...)"*. (st. pag. 30/61).

Excepciona del relato de la denunciante la existencia de una felación, que ella niega haber efectuado, así como la violencia que denuncia para conseguirla en cuyo contexto se sitúa la lesión en la rodilla.

Excluye, por no concluyentes, las pruebas que representan el hallazgo de ADN (esmegma) en la boca de la denunciante, la prueba dactiloscópica y la declaración de D. A.; indicando:

"(...) Ahora bien, respecto de la felación, el acusado ha declarado que ella le estuvo practicando una felación voluntariamente, mientras que la denunciante ha manifestado que él le bajó al suelo cogiéndole como de la

cintura, también de la coleta o la nuca, y acercándola contra sus partes. Y ella se separaba la boca del pene de él. Esto significa que la versión de la denunciante es que él le forzó para que ella se pusiera de rodillas, golpeándose una de ellas con el suelo y causándose la herida que consta documentada y posteriormente utilizó la violencia para aproximar la boca de ella a su pene. Luego se le ha preguntado por la defensa si ella le practicó a él una felación, respondiendo la víctima que no. (..)".

Y concluye:

"(..)De esta manera respecto de lo ocurrido en el baño podemos descartar la existencia de una penetración bucal inconsentida de la víctima, por no quedar suficientemente acreditado. Y respecto del resto de violencia empleada tampoco podemos tener por acreditado que el acusado cogiera del pelo a la denunciante, que la atrajera contra su cuerpo cogiéndola por la nuca, ni que le obligara a llamarle putita. Estos hechos, que serían anteriores a la penetración vaginal, no quedan acreditados por ningún otro extremo más que por las manifestaciones de la denunciante y estarían dirigidas precisamente a lograr la felación que ya se ha explicado que no queda acreditada. (...)" (st.pag.32/61 st.):

iii) Señala que son corroboraciones periféricas respecto a la penetración vaginal inconsentida:

iii.i) La lesión en la rodilla: *"(..) las lesiones en la rodilla son producto de la violencia usada por el Sr. A. para agachar a la denunciante y así colocarla en el suelo. Queda claro que la lesión se produjo en ese momento, al haber declarado el testigo T4, trabajador de Sutton, que le estuvo curando la herida(..)". (st. FTO.5º pag. 33/61)*

iii.ii) El comportamiento de la víctima tras producirse los hechos, acreditado en base a las imágenes de ella en el pasillo de salida del Sutton, que reflejan la secuencia de que se abraza a la amiga, que la ven llorar, que se interesa por ellas un trabajador de Sutton encargado de la puerta, en la intervención del director del establecimiento al que le dicen que han tenido un problema con alguien muy importante y éste llama a la policía activando el protocolo de agresiones sexuales, relata las declaraciones de los testigos, el trabajador que estuvo con ellas mientras llegaba la policía, y el MMEE TIP nº 000, al que se le activó involuntariamente la cámara

corporal y grabó toda la conversación con la denunciante y las amigas hasta que llega la ambulancia.

iii.iii) La actuación del acusado tras los hechos, que pasó cerca de las mujeres (está grabado) y no se paró a interesarse por ella. De lo que deduce que D. A., que no podía no verlo, era consciente de que había actuado contra su voluntad, indicando:

"(...)En la cámara del pasillo de Sutton (cámara 4) se puede observar a la denunciante junto con su T3, instantes después de que la primera se pusiera a llorar, cuando estaban dando explicaciones a los testigos T5 y el director de la discoteca T6. A las 04:21 horas el acusado pasa a muy poca distancia de T3 y la denunciante y necesariamente tenía que verlas. Pero no se paró, no se interesó por saber lo que le ocurría a aquella con la que había mantenido un encuentro sexual "en el que ambos estaban disfrutando tanto". Ello permite a este Tribunal concluir que el Sr. A. era consciente de que había actuado en contra de la voluntad de la víctima y tenía interés por abandonar lo antes posible el local.(..)". (st. pag.35/61).

iii.iv) La existencia de secuelas en la víctima TEP (trastorno de estrés postraumático) y trastorno generalizado de ansiedad transcribiendo en el relato fáctico el informe que atribuye las secuelas a diversos factores, así:

"(...) Asimismo la víctima presenta sintomatología de tipo ansiosa depresiva con somatizaciones, compatible con un trastorno secundario a un hecho estresante o traumático, persistiendo la sintomatología postraumática con una intensidad globalmente elevada con repercusión funcional a nivel laboral y social, no siendo posible determinar qué proporción de la sintomatología está exclusivamente relacionada con el hecho traumático sufrido y cuál estaría modulada por el estrés ambiental posterior que actuaría como un factor ansiogénico potenciador, sobreañadido. La víctima presenta sintomatología postraumática activa y con indicadores psicométricos significativos en todos sus componentes o factores sintomáticos: el impacto es significativo en el funcionamiento de la persona con una afectación de las áreas personal, socio familiar y de salud física y mental; no se encuentran indicadores caracterológicos o de la personalidad de base disfuncionales o desadaptativos previos a los hechos. La víctima sufre en la actualidad un trastorno de estrés postraumático de intensidad globalmente elevada, con repercusión funcional y deterioro en varias áreas

del funcionamiento, siguiendo tratamiento por ello. A fecha de celebración del juicio seguía de baja laboral, desde que se produjeron los hechos. (...)”

iv) En relación a la persistencia en la incriminación. Concluye que la denunciante ha sido coherente, que se cumple el criterio y que no hay modificaciones sustanciales en el relato, rechaza que haya habido las contradicciones alegadas por la defensa en relación al contenido de la conversación grabada con la cámara corporal del MMEE, indicando que solo se consideraría de haberse introducido en juicio por la vía del art. 714 Lecrim.

v) Aprecia la concurrencia de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5CP como simple, al haberse depositado por el acusado en el juzgado la cantidad de 150.000 euros para entregar a la denunciante de forma incondicionada. Y condena por agresión sexual con violencia y penetración a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, con la responsabilidad civil en concepto de daños de 150.000 euros, con las accesorias y medidas que constan en el fallo de la sentencia de instancia.

6.10.5. Expuesto el contenido conclusivo de la sentencia, partiendo de que la revisión del cuadro probatorio completo nos viene autorizada por la naturaleza del recurso de apelación (STC 184/2013), y con remisión a lo señalado en puntos anteriores 6.10.1 y 6.10.2. con cita de las sentencias STC 72/24 de 29 de junio y STS 23/20 de 20 enero, hacemos las siguientes consideraciones:

i) La sentencia de instancia utiliza, en su análisis, el término credibilidad como sinónimo de fiabilidad, y no lo es. Credibilidad responde a una creencia subjetiva, que no se puede contrastar, asociado a quien presta la declaración, la fiabilidad, en cambio, afecta a la declaración misma.

Lo que hay que evaluar respecto del testimonio en sí para determinar su fiabilidad, es su veracidad, es decir, la correspondencia entre lo que el testimonio contiene y aquello que ha ocurrido efectivamente, y ello solo es posible si se cuenta con elementos objetivos que permitan dicha determinación. De este modo, se permite la evaluación individual del testimonio como medio de prueba que luego, para obtener mayor

fiabilidad, necesita de la corroboración que se produce por la valoración conjunta del acervo probatorio.

ii) No compartimos la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia expresada en su resolución, cuya exposición contiene a lo largo de los razonamientos una serie de vacíos, imprecisiones, inconsistencias y contradicciones sobre los hechos, la valoración jurídica y sus consecuencias. Abordamos a continuación, la apreciación de la prueba que se hace en la sentencia dictada por el Tribunal de instancia.

En este punto distingue la sentencia de instancia dos momentos distintos: la estancia en la discoteca antes de entrar en la “suite” del reservado, y el posterior, una vez en el interior del baño de la “suite”.

ii.i) Respecto al primer momento afirma la sala de instancia que la versión de la denunciante no se corresponde con lo que se observa en las cámaras de seguridad. Por tanto, en la sentencia se explica que su relato no concuerda con la realidad objetivamente observada.

Así dice en un pasaje:

"(...) Contrastando la versión de la denunciante con lo registrado en las cámaras de seguridad podemos concluir que no coinciden estas versiones. No se aprecia en las cámaras que la denunciante y sus amigas se encuentren incómodas o que la denunciante no se encuentre a gusto, no acepte o no tenga voluntad de seguir la fiesta con las personas que acababa de conocer. Se la ve participar en el baile con el acusado de la misma manera que lo harían cualesquiera otras personas dispuestas a pasárselo bien. E incluso puede apreciarse que existe cierta complicidad.

De ahí que no parezca razonable la versión de la denunciante conforme a que acudió a hablar con el acusado a la zona del baño por miedo a que después de la discoteca estos chicos pudieran seguirles y hacerles algo a ella y sus amigas. Y más que vaya a hablar con él dos minutos después de que este se haya ido. Más bien parece un acuerdo previo de ir uno después de otro. Ni es coherente con lo que hemos observado en los vídeos ni es lógico atendiendo a la cantidad de personas existentes en la discoteca, incluidos personal de seguridad o a la posibilidad de acudir a la policía al salir de la discoteca. Concluimos que la denunciante acudió voluntariamente

a la zona del baño de la suite, con el propósito de estar con el acusado en un espacio más íntimo. Y que desde el lugar donde se encontraba podía saber que se dirigía a un espacio cerrado, posiblemente un baño, tal y como se desprende de la prueba documental aportada por la defensa donde se puede observar el interior desde donde accedió la denunciante (folios 148 y siguientes de la pericial videográfica y de reconstrucción de los hechos realizada por D. Francisco Marco y que no ha sido impugnada).(...)" (st. pág. 29/61/).

Por tanto, la sentencia de instancia expresa, que, pese a que la denunciante ha manifestado en todo momento su incomodidad con la conducta del acusado: “(...) *Después estuvieron bailando y hubo un momento en que empezaron a ver cosas más extrañas. El acusado le hacía comentarios que no entendía. Notó en él una actitud de superioridad o prepotente(..)*” (st. pag.22/55), la grabación del episodio revela una situación bien distinta que ya hemos referido en párrafos anteriores.

De ello infiere el Tribunal de instancia que la versión que la denunciante ofreció, en el sentido de que acudió con el acusado a la zona del baño por miedo a que los chicos pudieran seguirles y hacerles algo no aparece como razonable, y concluye afirmando que la denunciante acudió de forma voluntaria a la zona del baño de la suite con el propósito de estar con el acusado en un espacio más íntimo.

“(...) no se aprecia tal disgusto por parte de la denunciante ni sus amigas ni que no tuvieran voluntad seguir la fiesta, siendo que a la denunciante se la puede observar a la denunciante bailar con el acusado, e incluso se aprecia una cierta complicidad. De ello infiere el tribunal que la versión que la denunciante ofreció en el sentido de que acudió con el acusado a la zona del baño por miedo a que los chicos pudieran seguirles y hacerles algo no aparece como razonable, y concluye afirmando que la denunciante acudió de forma voluntaria a la zona del baño de la suite con el propósito de estar con el acusado en un espacio más íntimo (...)” (St.pag.29/61).

A la vista de la divergencia entre lo relatado por la denunciante y lo apreciado en las grabaciones, la Sala de instancia expresa sus dudas para determinar cómo afecta a la credibilidad respecto del resto de la declaración y señala:

"(...) Llegados a este punto debemos plantearnos qué consecuencias tiene haber observado que la declaración hasta este momento de la víctima no se compadece con lo observado en las cámaras de seguridad del establecimiento. Estas consecuencias debemos establecerlas en dos ámbitos. (...)"

"(...) 1. En el ámbito de que haya podido ocurrir con posterioridad una agresión sexual, debe señalarse que ni que la denunciante haya bailado de manera insinuante, ni que haya acercado sus nalgas al acusado, o que incluso haya podido abrazarse al acusado, puede hacernos suponer que prestaba su consentimiento a todo lo que posteriormente pudiera ocurrir. Estas actitudes o incluso la existencia de insinuaciones no suponen dar carta blanca a cualquier abuso o agresión que se produzca con posterioridad (...) 2. Sin embargo, en el ámbito de la credibilidad de la denunciante, esta sí se ve afectada, lo que nos lleva a preguntarnos si no entender ajustada a la realidad parte de su declaración permite considerar que nada de lo declarado por la denunciante se corresponde con la realidad de lo ocurrido. Este Tribunal cree que no, que cabe la posibilidad de que se de credibilidad a parte del relato y a otra parte no, porque su versión se ha mantenido tanto en el tiempo, porque ningún motivo tiene la denunciante para acusar falsamente a quien no conoce y sobre todo porque la reacción de la denunciante tras los hechos es tan coherente con la existencia de una relación vaginal inconsentida, que la misma no se puede llegar a entender sino es desde el convencimiento de que han ocurrido los hechos tal y como vienen relatados por la denunciante en este punto. (...)".

"(...) Se desconoce por qué se ha producido este desajuste en la declaración de la denunciante, si ha sido por un mecanismo de evitación de los hechos, de intentar no asumir que ella misma se habría colocado en una situación de riesgo, de no aceptar que habiendo actuado de diferente manera pudiera haber evitado los hechos o para que los destinados a escuchar su declaración no pensaran que esta aproximación con el acusado supondría que su relato de lo ocurrido posteriormente tendría menos credibilidad. (...)"

"(...) Pero este desajuste no afecta al núcleo esencial de la conducta que se atribuye al acusado, por lo que no permite privar de credibilidad al relato de los hechos referidos a la penetración vaginal inconsentida". (...) (st.pag.29/61).

ii.ii) Sobre esta valoración, relativa al primer momento, debemos realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar y en referencia a las consecuencias que podría tener la conducta de la denunciante que se observa en la grabación y que hemos descrito, efectivamente compartimos que ningún efecto puede derivarse sobre la existencia de un consentimiento o falta de consentimiento ulterior.

Como señala la sentencia de instancia, y este Tribunal lo viene avalando de forma reiterada, la libertad sexual individual en personas adultas, como parte integrante de la personalidad, se traduce en la libre facultad de realizar actos de naturaleza sexual, eligiendo libremente el cómo, dónde, cuándo y con quién, de manera que la libertad sexual y el inseparable consentimiento individual lo es para cada uno de los actos de esa naturaleza que se realicen, no admitiéndose pues el consentimiento general ni el diferido.

No obstante, entendemos que se trata de una cuestión no decisiva en el ámbito de la fiabilidad, que es el que estamos analizando, y que conceptualmente ninguna relación guarda con la existencia o no de consentimiento en el ámbito de una relación sexual.

Por el contrario, sí consideramos que la divergencia entre lo relatado por la denunciante y lo realmente sucedido compromete gravemente la fiabilidad de su relato.

La sentencia de instancia también admite que tal circunstancia afecta a la credibilidad del relato de la denunciante, pero afirma, como hemos expuesto, que ello no hasta el punto de considerar que nada de lo relatado por ella se corresponda con la realidad de lo ocurrido.

Afirma que cabe la posibilidad de dar credibilidad a una parte el relato y a otra no, y ello por cuanto su versión (suponemos que se refiere a lo que ocurrió en interior del baño) la ha mantenido en todo momento, porque no tenía motivos para imputar falsamente al acusado y porque la reacción de la perjudicada tras los hechos, es tan coherente con la existencia de una relación sexual inconsentida, que no se puede explicar sino desde el convencimiento de que ésta se produjo. Apunta asimismo la sentencia las

razones que podrían haber llevado a la denunciante a declarar en este punto como lo hizo, y concluye que ese “desajuste” no afecta al núcleo esencial de la conducta imputada.

No compartimos la argumentación de la Sala de instancia. El hecho de ofrecer un relato objetivamente discordante con la realidad interfiere de forma muy relevante en el análisis de la fiabilidad de un testigo.

Debemos tener en cuenta que, en este caso, ese relato no es fruto de un impulso o de un momento de ofuscación. La denunciante ha mantenido de forma constante esa versión (hasta el momento del juicio oral) que no se corresponde con la realidad aun conociendo, a través de su dirección letrada, la existencia de la grabación y de su contenido.

Señalamos en este punto que, en concurso con la denunciante, también han mantenido esa versión de los hechos las personas que la acompañaban, después nos referiremos a ello. Además, debemos precisar que esa parte del relato, aun cuando no se refiere propiamente al acto sexual imputado, no es en absoluto periférico o colateral, hasta el punto de que se incluye en los escritos de acusación.

Podemos compartir con la Sala de instancia que, la constatación de la inveracidad del relato de la denunciante en una parte de los hechos, no determine de modo automático y sin mayor análisis descartar toda su declaración. Pero no puede obviarse, como hemos apuntado, que esa inveracidad incide significativamente en la fiabilidad de las informaciones que la testigo aporta, y ello obliga a un máximo rigor en el escrutinio del resto del relato y a intensificar las exigencias objetivas de fiabilidad. Esta mayor exigencia, solo puede sustentarse en el contraste del resto de prueba y en la necesidad de corroboraciones periféricas.

Pocas veces nos encontramos en un proceso con un acervo probatorio que evidencie las situaciones que se denuncian y por ello contar con la oportunidad de contrastar una declaración con lo realmente sucedido. En este caso, una vez constatado que lo explicado por la denunciante difiere notablemente de lo acontecido según el examen del episodio grabado, el examen de lo que no está registrado, insistimos, debe ser particularmente

riguroso y estricto conforme a las exigencias de la presunción de inocencia para dar por acreditada la hipótesis acusatoria.

ii.iii) Respecto al segundo episodio, dentro del baño de la "suite":

La sentencia declara probado, en base a la declaración de la denunciante, que hubo una penetración vaginal inconsentida, y que no se ha probado que haya habido una felación, situando la violencia causante de la lesión en la rodilla en el contexto de la felación que declara no probada.

Así no la declara probada (...)

"Una vez allí, y sin que conste acreditado ni que el acusado introdujera el pene en la boca de la denunciante ni que esta accediera voluntariamente a practicar una felación al Sr. A., el acusado pretendió penetrar vaginalmente a la víctima, para lo que haciendo uso de su mayor fuerza, la tiró al suelo, golpeándose la Sra. DDDDDDDD con la rodilla(..)". (st. hecho probado pag. 5/61 párrafo último).

Luego, en la fundamentación jurídica, reitera que no hubo penetración bucal, pero la vincula a la lesión de la rodilla, y lo explica:

(...)"De esta manera respecto de lo ocurrido en el baño podemos descartar la existencia de una penetración bucal inconsentida de la víctima, por no quedar suficientemente acreditado. Y respecto del resto de violencia empleada tampoco podemos tener por acreditado que el acusado cogiera del pelo a la denunciante, que la atrajera contra su cuerpo cogiéndola por la nuca, ni que le obligara a llamarle puta. Estos hechos, que serían anteriores a la penetración vaginal, no quedan acreditados por ningún otro extremo más que por las manifestaciones de la denunciante y estarían dirigidas precisamente a lograr la felación que ya se ha explicado que no queda acreditada.(..)". (st.pág.32/61, p. último).

Concluye pues que no hubo felación y que no se prueban los actos de violencia que describe la denunciante.

"(..) Esto significa que la versión de la denunciante es que él le forzó para que ella se pusiera de rodillas, golpeándose una de ellas con el suelo y causándose la herida que consta documentada y posteriormente utilizó la

violencia para aproximar la boca de ella a su pene. Luego se le ha preguntado por la defensa si ella le practicó a él una felación, respondiendo la víctima que no. (...)”. (st.pag.31/61). Y : “(...) No recuerda si le introdujo los dedos en la vagina. No le hizo felación”(..) (st. pag. 25/61).

Por tanto, aunque hace una referencia en el hecho probado a la herida de la rodilla que vincula a la fuerza realizada al decir: “(..) el acusado pretendió penetrar vaginalmente a la víctima, para lo que, haciendo uso de su mayor fuerza, la tiro al suelo, golpeándose con la rodilla. (Pag.5/61 párrafo último), en párrafos posteriores lo vincula al momento en que ella dice haber sido tirada al suelo para la felación, que no da por probada.

En definitiva, dejamos constancia de que la sentencia de instancia entra en contradicción, pues en el hecho probado parece que sitúa la acción de tirar al suelo a la denunciante y la herida en la rodilla con la penetración vaginal, y en los fundamentos, los vincula a la felación que no da por probada, desactivando la violencia para lograrla como mecanismo lesivo. Por tanto, en este punto es diferente lo que dice el hecho probado a la valoración de la prueba que hace y de la conclusión a la que llega.

Tampoco despeja cómo se produce la violencia, ni la enlaza con ninguno de los hechos que califica de agresivos. El relato es inconsistente porque esa herida de la rodilla pudo producirse en el pequeño espacio de muchas formas como admiten todos los forenses y profesionales médicos.

La resolución de instancia retoma el tema de la violencia insistiendo en el uso de fuerza en genérico para lograr la penetración vaginal, pero desvinculado del momento en que se habría producido la herida, que sitúa antes al “caer al suelo” para practicar la felación, que después no da por acreditada, siendo posterior la penetración vaginal:

(...) “Tampoco ha resultado probado que el Sr. A. tratara de practicar sexo oral a la Sra. DDDDDDDD levantándola del suelo y colocándola en el lavamanos de espaldas a él. Finalmente, el procesado utilizando su fuerza física, venciendo con ello la oposición de la Sra. DDDDDDDD la colocó inclinada sobre el retrete, donde la penetró vaginalmente con su pene hasta eyacular dentro de ella, sin usar preservativo y sin su consentimiento.”(...).
(St.pag.6/61).

La conclusión que cabe extraer, aparte del enredo expositivo de la sentencia de instancia, que retuerce el lenguaje en el sentido de que a veces parece que da por probada la felonía y otras no, es que solo ha tenido por acreditada la penetración vaginal, que considera inconsentida, con base en el relato de la denunciante, aislando de los demás hechos, y desvinculada de la lesión en la rodilla, y no profundiza en el contraste de las pruebas de descargo, pruebas biológicas y dactiloscópicas.

iv) A la vista de lo expuesto concluimos que el Tribunal de instancia ha optado por acoger una creencia subjetiva de lo que ocurrió en el interior del baño limitada únicamente a que la penetración vaginal fue inconsentida, como sostiene la denunciante.

Justificando la versión, penetración vaginal inconsentida, con el argumento de que puede modificarse el consentimiento para mantener la relación sexual en cualquier momento, y, aventurando posibles razones por las que la denunciante ha podido faltar a la verdad para explicar los desajustes del relato, por razones de necesidad:

"(..)Se desconoce por qué se ha producido este desajuste en la declaración de la denunciante, si ha sido por un mecanismo de evitación de los hechos, de intentar no asumir que ella misma se habría colocado en una situación de riesgo, de no aceptar que habiendo actuado de diferente manera pudiera haber evitado los hechos o para que los destinados a escuchar su declaración no pensaran que esta aproximación con el acusado supondría que su relato de lo ocurrido posteriormente tendría menos credibilidad. Pero este desajuste no afecta al núcleo esencial de la conducta que se atribuye al acusado, por lo que no permite privar de credibilidad al relato de los hechos referidos a la penetración vaginal inconsentida.(...)".
(St.pag.30/61).

El salto argumental que da la sentencia de instancia en este particular, situando la creencia subjetiva de la declaración de la denunciante, acotándola únicamente a la penetración vaginal inconsentida, siendo que ha resultado ser una de una testigo no fiable pues otras de sus muchas afirmaciones no se han verificado, elude lo que metodológicamente debió de indagarse por el Tribunal de instancia, que es el contraste de esa declaración con las demás pruebas.

Entre ellas la pericial dactiloscópica en referencia a vestigios en el interior del baño y la biológica del ADN que el Tribunal de instancia deriva, para valorarlas, a pruebas de corroboración.

ii.v) Sobre la prueba dactiloscópica, la sentencia no resuelve en este punto, sobre su significación, una prueba que llama “de corroboración”, derivando su conclusión a la “necesidad de otra pericial”, para saber las posiciones que tenían las personas.

Solo podemos partir de las huellas identificadas y de su localización, no permiten determinar el momento en que quedaron impregnadas, y sobre ello, concluir acerca de la probabilidad o alta probabilidad de cómo pudo producirse la secuencia de los hechos y, como ello se corresponde a la versión que da cada parte; pero incluso así, no sería conclusivo acerca de que hubiera habido o no consentimiento.

La alegación defensiva de que la prueba dactiloscópica arroja un resultado que permite establecer la conclusión de que la relación sexual se produjo en un modo no concordante a lo relatado por la denunciante, en base a que no hay vestigios en el lavamanos y las huellas que están en la cisterna se corresponden a la palma de su mano derecha sobre el lado izquierdo mirándola de frente (Imagen 11, Lofograma L10 del Item 5, folio 950) permitiría establecer una coincidencia con la explicación del acusado en relación a la secuencia de la penetración vaginal.

En la misma pericial, en el mismo documento referenciado, objeto de la pericia, aunque la sentencia ni lo nombra ni lo despeja, se observa que también se contienen varios puntos identificados en la tapa del WC, que se corresponden con las huellas de la denunciante, así L9 y L7, fragmento palmar izquierdo (Imagen 10), en el lado izquierdo, y L8 en la misma tapa, la zona superior cercana a la cisterna de la palma derecha, y L6 pulgar derecho en la tapa, descritas y fotografiadas en autos, desde la posición de visión frontal de la taza del wáter.

Ello podría concordar tanto con la declaración del acusado en cuanto a la felación, excluida por la sentencia, como con lo que ella dice que se apoyó en la taza del wáter.

La versión del acusado al tratar lo que ocurre dentro del baño,

"(...) ella empezó a desabrochar sus pantalones. Él le ayudó. Se sentó en la taza del váter, ella se puso de rodillas y le empezó a hacer una felación. Estuvo prácticamente todo el rato así sentado, solo se levantó para correrse fuera de su sexo. Ella apoyaba las manos en la parte del váter. Él la espalda en la cisterna. Después de la felación ella se levantó, se puso encima de él, pero para eyacular la quitó fuera de su sexo. Ella no apoyó las manos en el lavamanos. Ha negado haber impedido que se fuera ni tampoco que ella expresara que quería irse. También ha negado haberla abofeteado, ni haberla cogido del pelo, ni haberla llamado puta. Ha señalado que en ningún momento ella le dijo que no quería mantener la relación sexual, sino que estaban disfrutando los dos .(...)".

Pero lo que importa resaltar a los efectos del análisis que hacemos es que, en su propia exposición, la sentencia de instancia al no dar por probada la felación desactiva también la violencia que le atribuyó para lograrla y aísla o reduce la agresión al hecho de la penetración vaginal, que sustenta solo en la declaración de la denunciante, debilitando la hipótesis acusatoria.

ii.vi) Respecto a los hallazgos de ADN, a lo que se remite la sentencia como elemento de corroboración, tropieza de nuevo con la evidencia conclusiva de que con alta probabilidad se haya producido un hecho, la felación, que no se da por probado en base a la declaración de la testigo denunciante.

Lo que se objetiva es que se encuentran rastros de esmegma en la boca de la denunciante, lo que sustentaría la tesis del acusado de que hubo una felación. La sentencia como hemos referido anteriormente lo resuelve de forma ambigua, nos referimos a ello en el motivo noveno, punto 6.9 de nuestra resolución; y aun admitiendo la confusa redacción del hecho probado:

"(...) y sin que conste acreditado ni que el acusado introdujera el pene en la boca de la denunciante ni que esta accediera voluntariamente a practicar una felación al Sr. A. (...)",

y la contradicción con lo que luego se relata en el resto de la sentencia:
"(..) De esta manera respecto de lo ocurrido en el baño podemos descartar la

existencia de una penetración bucal inconsentida de la víctima, por no quedar suficientemente acreditado.(..)" que parece decir, por una parte que no está probada la felación, pero al mismo tiempo admite que la causa más probable de que haya esmegma en la boca de la denunciante es que hubiera habido la penetración bucal: "(...)El hallazgo de material genético del acusado en el hisopo bucal de la víctima puede obedecer fundamentalmente a dos causas, según han explicado los peritos, una, la más probable, la introducción del pene en la boca por la posibilidad de que se haya vertido esmegma y otra, menos probable, por contacto con la boca del acusado, aportando el material genético el acusado a través de la saliva de la boca. Y decimos menos probable porque la saliva contiene menos ADN que el esmegma y es menos duradero, tal y como ha expuesto el perito Dr. AYGUADÉ(...)" "(...) De tal manera que, si concluimos que el material genético del acusado en la saliva de la víctima proviene del esmegma, podría llevarnos a considerar que ello es incompatible con su relato y podría entenderse corroborada la versión del acusado de que ella le practicó voluntariamente una felación. Ya se ha dicho que la denunciante, a preguntas de la defensa, ha negado haber practicado una felación al acusado(..)" (st.pag.32/61)

En conclusión, la consecuencia de no dar por probada la felación a la que asocia la violencia de la caída y lesión, y la ubicación de ADN en la boca de la denunciante, y el hallazgo y ubicación de las huellas dactilares y palmares en la tapa del retrete en su parte más cercana a la cisterna y en la misma cisterna, dejan el relato de la agresión sexual por la que se ha condenado apoyada únicamente en el relato de la denunciante, al que se añade un elemento más de incerteza; evidenciando la escasa e insuficiente fortaleza de la hipótesis acusatoria.

vii) Otros elementos de corroboración que establece la sentencia: las declaraciones de la amiga y la prima de la denunciante respectivamente, y la aportación de cámara personal del MMEE TIP nº 000.

Las declaraciones, de la amiga y la prima de la denunciante, han depuesto respecto al primer episodio anterior a que la denunciante entrara en la suite del reservado, del que son testigos directas, en un sentido que en absoluto se compadece con lo que se visualiza en las grabaciones de las cámaras que había en la discoteca, visionadas en el juicio.

Así en la sentencia consta, al tratar el análisis de las declaraciones:

"(..) La testigo T3 amiga de la denunciante ha declarado que el acusado mantenía una actitud "babosa", le dio un beso, y no pudo mover más la cabeza, le tocó la espalda y cree que el culo. Con la amiga y la prima tuvo una actuación similar. También observó una actitud babosa del acusado con la denunciante. A ella la notó tensa. Había un marco con unas escaleras. Fue él y luego ella. Les perdió de vista. Pasados cinco minutos T1 les dijo si entraban o no. Y ella le contestó diciendo: "no sé, es tu amigo". Y él contestó, "no se es tu amiga". el acusado mantenía una actitud babosa con la denunciante, a ella la nota tensa) o la prima testigo T2 que estaban incomodas y que les bailaban muy cerca (..)". (St.pag.26/61).

En cuanto a estas, han sido totalmente inexactas sus declaraciones sobre el ambiente de incomodidad que había en el reservado, no se ajustan con lo que se aprecia en las cámaras que dan cuenta de los 20 minutos que permanecieron en el mismo hablando, bailando y tomando copas, ni se aviene con las negadas conversaciones entre ellas con la denunciante en los minutos posteriores a que D. A. entra en el baño, al que siguió la denunciante a los dos minutos después de hablar con la amiga y la prima y de darles la copa que tenía en la mano, ni a la amistosa despedida de la prima de la denunciante y posteriores mensajes con el amigo de D. A..

Estas testigos, en el juicio aportan escasa información, y ninguna sobre los hechos acaecidos en el interior del baño. Incluso en el acto del juicio, en el mn. 27:00 del video nº 5 la magistrada presiente del Tribunal de instancia llega a advertir a la amiga de la denunciante que está obligada a decir verdad y no puede eludir respuestas con el recurso sistemático al "no me acuerdo". Por tanto, en este sentido son testigos escasamente fiables.

ii.viii) En cuanto a los hechos posteriores a que la denunciante saliera del baño, contamos con los mensajes de despedida de la prima del amigo del acusado, y posteriores mensajes con el mismo a los que también se refiere la sentencia, la conversación con los miembros de Sutton y la conversación con el MMEE con TIP nº 000 grabada en la cámara corporal que se le activó, y ha sido visionada en juicio, (declaración mn. 34:05 del video nº 9); y, como ya hemos apuntado, con las declaraciones de las acompañantes de la denunciante.

Éstas, son testigos directas de los hechos relativos a ese espacio temporal en relación al estado de la denunciante, y de referencia respecto de lo que ésta les cuenta sobre lo ocurrido dentro del baño de la suite.

Sus aportaciones no corroboran ningún hecho, sino el apoyo en un momento de angustia de la mujer tanto por parte del MMEE como de la amiga que la anima a presentar la denuncia, porque ella no quería, y la de su prima que dice, como recoge la sentencia, que la denunciante repite "me ha hecho mucho daño y se ha corrido dentro".

De la grabación de la cámara del MMEE TIP nº 000, se constata que éste le dice que ella es la víctima, que no ha de sentirse culpable, le hace preguntas sobre los hechos sin que la denunciante concrete la agresión sexual y le cuenta, como indica la sentencia, que se besaron, que entró voluntariamente, y esto la angustia, porque si buscan pruebas no la creerán, y además muestra su preocupación de que no salga su nombre en la prensa, y que no quiere nada para que no quede como que quiere dinero. La amiga le dice que la creerán a ella, tal como están las cosas, y hablan de la ley del "sí es sí", de que, si no hay sí, se presume no; todo para desarmar las reticencias de la mujer a denunciar, porque dice que entró por su pie, voluntariamente. Le propone el MMEE activar protocolo para el Hospital Clínico y que la vea el forense, a lo que finalmente accede.

De estas conversaciones no se puede deducir el efecto corroborador que le atribuye la sentencia de instancia. Son conversaciones genéricas sobre su estado de angustia, pero en ningún momento se vincula con el hecho concreto ni se hace referencia al mismo.

La sentencia de instancia plantea la justificación de la corroboración en negativo:

"(..)Este comportamiento de la víctima corrobora periféricamente la versión de la denunciante en la medida en que tenía prisa por abandonar la zona donde ocurrieron los hechos y por cuanto no ha podido existir una maquinación o elaboración de una denuncia que no se correspondiera con la realidad de lo ocurrido y además el estado en que se encontraba no puede ser sino como consecuencia de la vivencia de una experiencia traumática.(..)".(st.pag 35/61).

Lo decisivo sigue siendo como se puede contrastar la prueba testifical y la fiabilidad que ésta tiene, fiabilidad que solo se arma con el análisis de la misma y el contraste con el resto del acervo probatorio. En suma, concluimos que la declaración de que hubo una penetración vaginal inconsentida está huérfana de corroboraciones periféricas, y que los elementos considerados no la acreditan, solo está su declaración.

ii. ix) Respecto al informe psicológico que la resolución de instancia sitúa como prueba de corroboración, señalamos que explica que hay concausas en el estado de salud de la denunciante. Dejando las dos versiones periciales: "trastorno de estrés postraumático" (TEP) o "ansiedad generalizada", sin anudar esa consecuencia a los hechos. En cualquier caso, tal como se redactan los hechos probados de la sentencia de instancia en los que se transcriben los informes médicos, nos releva de entrar en mayores argumentaciones sobre este punto.

En definitiva, los elementos que la sentencia cita como corroboradores no lo son, como hemos analizado.

iii) Respecto a la persistencia en la incriminación, se afirma por la sentencia de instancia que concurre el requisito. No negamos que, en lo esencial, se haya mantenido el mismo relato, pero como ya hemos desarrollado, lo que observamos es la repetición de una declaración que, contrastada, no resulta fiable razón por la que este elemento reduce significativamente su peso en la valoración de la prueba testifical y no aporta fortaleza a la acusación, de manera que tiene un valor relativo.

Al tratar la persistencia la sentencia de instancia, para apuntalarla y descartar que algunas manifestaciones de la denunciante o de testigos se puedan tomar como contradicciones, en su FTO 6º indica entre otras cosas:

"(...) Las únicas contradicciones que pueden hacerse valer por la vía del artículo 714 LECRIM son respecto de las prestadas en el sumario, ni siquiera las que constan en el atestado. Así la reciente STS 3/2024 de 10 de enero apunta que "Como hemos dicho en nuestra sentencia 681/2018, de 20 de diciembre, es necesario que la declaración sumarial sea introducida mediante lectura, conforme a lo previsto en el artículo 714 de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal y sometida a contradicción durante el juicio; la declaración debe haber sido realizada ante el juez de instrucción quedando extramuros de toda valoración las declaraciones prestadas ante la policía (SSTS 20/05/1997 y STC 29/09/1997). La lectura de la declaración debe producirse a instancia de parte o de oficio (art. 798, párrafo 2º de la LECrim) y el acusado/testigo debe ser interpelado sobre la contradicción existente, que debe recaer sobre aspectos esenciales del testimonio. No obstante, la lectura no es imprescindible en tanto que la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha reducido esta exigencia formal y basta que las contradicciones se hayan puesto de manifiesto en el juicio y que sobre ellas haya sido interrogado el acusado".

(..) No cabe hablar, por lo tanto, de contradicciones con lo declarado en el pasillo cuando un agente le pregunta e insiste si quiere denunciar. Tampoco sobre lo que un testigo manifiesta que la denunciante le habría contado o lo que la denunciante hubiera relatado a los médicos forenses. Únicamente podríamos plantearnos acudir a estos otros medios de prueba cuando las contradicciones son tan flagrantes que pueden hacernos dudar de su relato, más cuando se obtiene la primera versión de la víctima a través de una cámara corporal de un agente que permite percibir desde el primer momento el estado en que se encontraba la víctima y lo que declaró en ese primer momento. No obstante, deben hacerse las siguientes precisiones:

-Respecto de los besos: la denunciante ha negado haber besado a A.. Y no recordaba tampoco habérselo dicho así a los médicos o a los Mossos d'Esquadra. T3 y T2 han negado que la denunciante les dijera que se habían besado. El MMEE 000 ha declarado que cree que la denunciante les dijo que se habían besado. El MMEE 000 ha dicho que cree que ella les comentó que se habían besado. El Dr. FABRÉ ha relatado que en la exploración que llevaron a cabo con la ginecóloga, la víctima les dijo que hubo besos en el cuello, luego quiso salir o parar y no pudo. Ello no es incoherente con la valoración del Tribunal de que ella accedió voluntariamente a la suite del reservado, e incluso, que podría haberse besado, lo cual, como se ha dicho, no invalida el resto de su declaración.

(..)" (st.pag.39/61)

Debemos insistir en el escaso valor de la referencia de la amiga y la prima de la denunciante. Y en cuanto las grabaciones registradas por la cámara corporal del MMEE con TIP 000, y las manifestaciones iniciales en relación a las que efectuaba del juicio, son contrastables con la grabación

incorporada a los autos, que consta en el acervo probatorio desde el inicio de la causa que, sin embargo, se ha rechazado aludiendo la aplicación del art. 714 Lecrim y sus limitaciones. La grabación de la cámara, da cuenta de la situación inmediata, y la sentencia la toma en cuenta solo en una parte.

Como decíamos, no es esto lo que se discute, ni lo que ha de resolverse. La resolución de instancia no despeja porque se puede aceptar para sostener una condena un relato no verificable con prueba periférica, pero con origen en una testigo que, por lo que hemos expuesto, ha resultado no fiable en la parte del relato que se puede contrastar. Es por ello que la invocación genérica a que se puede cambiar de opinión no convierte ni muta lo infiable en fiable porque afecta a la veracidad del relato y ello ataña a como se reconstruye el hecho probado.

Entendemos que la sentencia de instancia presenta déficits valorativos muy relevantes, y que no ha extremado las cautelas para confrontar los contenidos que arroja la actividad probatoria. No se ha contrastado el relato de la denunciante que debía ser expuesto a mayor escrutinio con la prueba dactiloscópica ni con la biológica, que apoyan la tesis sostenida por la Defensa, pruebas de contraste neutras y científicas, pues como decíamos al inicio, lo que se afirma en la sentencia ha de poderse revisar y verificar en segunda instancia.

6.10.6. Establecido lo anterior, señalamos que hemos analizado todos los ítems que trata la sentencia de instancia y expresado las insuficiencias que constatamos. Es cierto que los indicios no pueden ser valorados de forma aislada, sino que han de interrelacionarse ya que solo así adquieren auténtico valor incriminatorio. En el presente caso la valoración conjunta del cuadro probatorio no nos permite compartir la valoración del Tribunal de instancia ni la conclusión que alcanza, conforme a lo ya expuesto, y que, en síntesis, se centra en los siguientes puntos:

- i) El Tribunal en su análisis secciona los hechos imputados en diversos episodios. En el episodio que sitúa en los momentos anteriores a la entrada en el baño de la suite, el propio Tribunal introduce dudas sobre la fiabilidad de la denunciante, indicando de forma explícita que lo que relata

no se corresponde con la realidad, en cuanto se puede contrastar de forma objetiva con las imágenes de las grabaciones de la discoteca.

ii) Respecto de lo que sucede en el interior del baño, también el Tribunal excluye la fiabilidad de la declaración de la denunciante respecto a parte de los hechos objeto de acusación. Ella niega la realización de una felación, cuando las pruebas de ADN tras el análisis del hisopo bucal, que analizado indica la presencia de esmegma tomado tres horas después de los hechos, es un hallazgo neutro de corroboración externa de que, con muy alta probabilidad, la hubo.

iii) Respecto de la lesión en la rodilla, se aprecia la contradicción entre el hecho probado que lo asocia a la penetración vaginal y la valoración jurídica que lo vincula a lograr la felación que no da por acreditada, por lo que la lesión pierde trascendencia.

iv) El Tribunal alcanza la convicción sobre el hecho imputado sucedido en el interior del baño, penetración vaginal, tomando en consideración el relato de la denunciante en este punto, que aísla del resto de la narración, por los déficits ya referidos. Pero no somete esa parte del relato a un contraste riguroso, que necesariamente exigía una valoración del conjunto de evidencias (así no valora la prueba lófoscópica) y la constatación de la existencia de elementos que lo corroboren. Los elementos que se señalan en la sentencia no tienen la significación acreditativa que la sala les atribuye.

Así:

- Las testigos amiga y prima de la denunciante, no hacen aportaciones relevantes en el juicio, además, que su relato tampoco se corresponde con las grabaciones referidas.
- La prueba pericial médica sobre el estado de la testigo con posterioridad a los hechos no es concluyente. No determina que el estado, ansiedad generalizada o estrés postraumático de la denunciante sea solo consecuencia de los hechos, y la propia sentencia señala que no puede determinarse qué proporción de la sintomatología

está exclusivamente relacionada con el hecho traumático y cual estaría modulada por el estrés ambiental posterior.

- La grabación de la cámara personal del MMEE TIP nº 000, da cuenta de la conversación que mantiene con la denunciante, que no concreta los hechos, y de la asistencia que le prestan las acompañantes, pues estaba en un estado de angustia y nerviosismo, hablando con ella para convencerla de que presentara la denuncia.
- No puede considerarse, como elemento corroborador, porque es una afirmación contra reo, la apreciación que hace la sentencia de instancia sobre la actitud de D. A. posterior a los hechos y cuando de Sutton y pasa cerca de la denunciante que estaba llorando sin decirle nada, es porque: “(...) *era consciente de que había actuado contra la voluntad de la víctima y tenía interés por abandonar cuanto antes el local* (...)” st. pag. 36/61)”.

v) Las reflexiones que hace la sentencia sobre porque pudo haber ese desajuste entre lo declarado por la testigo y lo realmente sucedido, indicando: “(...) *Se desconoce por qué se ha producido este desajuste en la declaración de la denunciante, si ha sido por un mecanismo de evitación de los hechos, de intentar no asumir que ella misma se habría colocado en una situación de riesgo, de no aceptar que habiendo actuado de diferente manera pudiera haber evitado los hechos o para que los destinados a escuchar su declaración no pensaran que esta aproximación con el acusado supondría que su relato de lo ocurrido posteriormente tendría menos credibilidad.* (...) (ST.”pag. 30/61), pueden considerarse una explicación posible, pero no dotan de fortaleza a la declaración de la denunciante, que ha sido contradicha en varios aspectos quedando sin soporte en términos de acreditación de la hipótesis acusatoria.

vi) La única hipótesis relevante que se somete a juicio es la acusatoria. Por tanto, no afirmamos que la hipótesis verdadera sea la que mantiene la Defensa del acusado.

Lo que afirmamos es que, de la prueba practicada, no cabe concluir que se hayan superado los estándares que exige la presunción de inocencia de conformidad con el art.24.2 CE y del art 6 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 9 de marzo de 2016

“Por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio”, que expresamente establece: “1. Los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. 2. Los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto”.

En definitiva, no es decisivo para este Tribunal, establecer lo realmente sucedido más allá de los hechos que hemos declarado probados.

Lo determinante es que, por las razones que hemos explicado en la resolución, las insuficiencias probatorias que se han expresado conducen a la conclusión de que no se ha superado el estándar que exige la presunción de inocencia, lo que ha de desplegar sus efectos conduciendo a la revocación de la sentencia de instancia y al dictado de un fallo absolutorio, dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas y acordando en consecuencia la devolución de las cantidades depositadas en los términos que diremos en la parte dispositiva.

6.12. Motivo Decimosegundo: Infracción de ley, ex art. 846 bis c) letra b LECRIM. por indebida aplicación del elemento típico de violencia ex. Art. 178.2 CP, en relación con el art. 179CP consecuencia de la infracción del precepto constitucional (24CE) y error iuris. Habiéndose resuelto los motivos anteriores no procede entrar en el contenido del mismo.

6.13. Motivo Decimotercero: Infracción de ley ex art.846 bis c) letra b) Lecrim, por indebida aplicación de error de tipo ex. art.14CP, formulado de forma condicionada a la estimación del punto anterior relativo a la no concurrencia de la violencia. No resulta necesario responder a este punto condicionado al anterior, por los mismos motivos expresados.

6.14. Motivo Decimocuarto: Infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex art. 24 CE ex art.846 bis b) y 846 bis ter e infracción de ley ex art. 846 bis c)

letra b) Lecrim, por indebida inaplicación de la atenuante de reparación del daño ex art. 21.5 CP como muy cualificada ex art. 66.1.2 CP.

Hemos contestado, al resolver el recurso planteado por el Ministerio Fiscal que interesaba la exclusión de la atenuante de reparación del daño que la Sala de instancia apreció. La parte interesa la atenuación como muy cualificada. Habiéndose resuelto los puntos anteriores no es necesario entrar en el mismo.

6.15. Motivo Decimoquinto: Infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex art. 24 CE, ex. art. 846 bis c, letra b Lecrim, por indebida inaplicación de la atenuante de embriaguez ex. art. 21.1 del CP en relación con el art. 20.2 CP o art. 21.7 CP en relación con el 20.2 CP. Alega la parte en este punto que ha acreditado la circunstancia pues aporta documental que acredita que ingirió bebidas alcohólicas de lo que sigue es que estaba intoxicado y levemente afectado a las facultades volitivas y cognoscitivas. Además, de las facturas de periplo del día, mediodía, tarde y noche, se hace referencia al testimonio de la esposa del acusado, y de los amigos que le acompañaron, así como la del dueño del restaurante donde comieron, y empleados de la discoteca, así como las facturas de consumos efectuados, y la pericial. Cita la STS 77/2024 de 24 de enero en relación a que ha de considerarse sepultada definitivamente la idea de que las circunstancias eximentes o atenuantes han de estar tan acreditadas como el hecho mismo.

6.15.1. La Sala no desconoce las citas jurisprudenciales que se expresan por la recurrente. No obstante, dejamos constancia de que no puede eludirse la vinculación entre la intoxicación que se alega y el acto que se imputa cometido. Señalamos nuestra sentencia nº 148/24 de 30 de abril FTO.4º, no siendo necesario extenderse más en este motivo, al haber resuelto en los puntos 10 y 11 la insuficiencia de la prueba practicada para sustentar la hipótesis acusatoria resulta intrascendente a estos efectos.

6.16. Motivo Decimosexto: Infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex art.

24 CE ex art.846 bis b) y 846 bis ter e infracción de ley ex art. 846 bis c) letra b) Lecrim, por indebida inaplicación de la atenuante de analógica de presunción de inocencia ex. art. 21.7 en relación con el 24 CE.

Parte de la base, quien recurre, de que hay un juicio paralelo que ha tenido afectación la presunción inocencia en sus dos vertientes y que ha conllevado la purgación anticipada, lo que ha sido un padecimiento que constituye una pena natural anticipada. Interpreta, que, si el juicio paralelo está conectado con el proceso, se puede ir a la aplicación de la circunstancia analógica.

En el caso que examinamos como ya se ha indicado en cada punto al analizar los autos de prisión, o las "filtraciones", no se han identificado los actos concretos, más allá de la acusación genérica de falta de protección y de reserva, por la publicación en prensa, o digamos el acceso por la misma de datos del sumario. Nos remitimos a lo anteriormente indicado en los apartados 4, 5 y 6 de nuestra resolución. El motivo no puede tener acogida. Tampoco tiene trascendencia al haberse resuelto los motivos 10 y 11 de este recurso en el sentido de que se dicta fallo absolutorio por insuficiencia de prueba para acreditar la hipótesis acusatoria.

7. Costas: declaramos de oficio las costas causadas en esta segunda instancia.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto FALLAMOS:

1. No haber lugar a los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Particular contra la sentencia de 22 de febrero de 2024 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Vigésimo Primera).

2. Haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.A.d.S. Revocamos íntegramente la sentencia dictada en la instancia.

Debemos absolver y absolvemos a D.A.d.S del delito de agresión sexual del que venía siendo acusado. Se dejan sin efecto las medias cautelares adoptadas.

Declaramos de oficio las costas procesales de esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta es nuestra sentencia que firmamos y ordenamos.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída, firmada y publicada en el mismo día de su fecha. Doy fe.