



Roj: **STS 4426/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4426**

Id Cendoj: **28079120012021100934**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/12/2021**

Nº de Recurso: **10454/2021**

Nº de Resolución: **956/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 956/2021

Fecha de sentencia: 07/12/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: **10454/2021 P**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

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

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: **10454/2021 P**

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 956/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 7 de diciembre de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **10454/2021**, interpuesto por **Jeronimo**, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Elena Juanas Fabeiro y bajo la dirección letrada de D^a. Beatriz Ausere González, contra la sentencia nº 181/2021 dictada con fecha 28 de mayo de 2021 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resuelve la apelación (Rollo de apelación 164/2021) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, de fecha 18 de diciembre de 2020.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento sumario ordinario 453/2020 (dimanante del sumario ordinario 1359/2019, del Juzgado de Instrucción nº 35 de Madrid), seguido ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 18 de diciembre de 2020, se dictó sentencia condenatoria para Jeronimo, como responsable de un delito de robo con intimidación y de un delito de agresión sexual, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Se declara probado que sobre las 4:30 horas del día 16 de junio de 2019, cuando D.^a Ascension y su pareja sentimental D. Nicolas se encontraban apoyados sobre el capó del vehículo de color rojo BMW, con matrícula-BWQ, en el estacionamiento sito en la parte trasera del Hospital Clínico San Carlos de la ciudad de Madrid, fueron abordados por el acusado D. Jeronimo, con NIE número NUM000, natural de Rumanía, mayor de edad en cuanto nacido el NUM001 de 1982 e hijo de Carlos Francisco y Inocencia, quien, esgrimiendo un arma tipo revólver, apuntó con ella a la cabeza de D. Nicolas exigiéndole que le entregara su cartera al tiempo que le obligaba a que se pusiera de rodillas. Una vez el Sr. Nicolas le hubo entregado la cartera, el acusado, con la intención de obtener un beneficio patrimonial, se apoderó de la misma y, seguidamente, con la misma intención y sin dejar de apuntar a D. Nicolas con el arma, se dirigió a D.^a Ascension a quien le pidió que le entregara su bolso. Dado que ésta le manifestó que se encontraba en el interior del coche, el acusado obligó a D. Nicolas a abrir el vehículo y a D.^a Ascension a introducirse en el mismo, por el lado del copiloto, para coger el bolso. Tras entregárselo al acusado, la mencionada Sra. Ascension se sentó en el asiento del copiloto del vehículo, frente al Sr. Jeronimo quien comenzó a rebuscar en su interior apoderándose de un teléfono móvil marca Samsung, modelo S7, propiedad de aquélla. A continuación, el acusado se bajó la cremallera de su pantalón, se sacó el pene y, agarrando a D.^a Ascension de la cabeza y con el arma en su mano, con ánimo libidinoso, la obligó a hacerle una felación y, seguidamente, con el mismo ánimo la obligó a ponerse en pie contra el coche, de espaldas a él y la penetró vaginalmente.

Seguidamente, tras cerrar el coche, a punta de arma, obligó a D.^a Ascension y a D. Nicolas a desplazarse a un descampado o zona de parque que se encontraba unos metros más adelante y, tras obligar a Nicolas a que se quedase de rodillas frente a un árbol diciéndole que si se movía mataba a Ascension, se llevó a ésta unos metros más allá, donde, con la concurrencia del mismo ánimo de satisfacer su deseo sexual, la obligó de nuevo a hacerle una felación, a continuación a colocarse a cuatro patas para penetrarla vaginalmente y, finalmente, a colocarse boca arriba para penetrarla otra vez vaginalmente. Al escuchar los gritos de los agentes de la Policía a los que había conseguido avisar D. Nicolas, el acusado propinó a la Sra. Ascension un bofetón y salió corriendo del lugar.

En ninguna de las penetraciones el acusado llegó a eyacular.

En la diligencia de entrada y registro, practicada en el domicilio del acusado, autorizada por auto de fecha de 25 de junio de 2019, se localizó un revólver de plástico de juguete, de 12 cm de longitud, apto únicamente para el lanzamiento de dardos con punta en forma de ventosa.

El acusado había sido ejecutoriamente condenado con anterioridad a estos hechos por sentencia dictada el 31 de marzo de 2017 y firme el 1 de diciembre de 2017, como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, a una pena de tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

El valor de la billetera y de los objetos en ella existentes propiedad de D. Nicolas ha sido tasado en noventa y cuatro euros. El valor del teléfono móvil marca Samsung sustraído a la denunciante ha sido tasado en ciento ochenta euros.

El acusado se encuentra en situación de prisión provisional por esta causa desde el 23 de junio de 2019".

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



"Que debemos condenar y condenamos a D. Jeronimo , cuyos datos y circunstancias personales ya constan, como autor penalmente responsable de un delito de ROBO CON INTIMIDACIÓN y de un delito de AGRESIÓN SEXUAL, anteriormente definidos, con la concurrencia de la agravante de reincidencia en la primera de las infracciones penales mencionadas, a las siguientes penas:

a) Por el delito de ROBO CON INTIMIDACIÓN, la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

b) Por el delito de AGRESIÓN SEXUAL, la pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y la pena accesoria de PROHIBICIÓN DE ACERCARSE A MENOS DE 500 METROS A LA PERSONA DE D^a Ascension , EN CUALQUIER LUGAR EN QUE SE ENCUENTRE, ASÍ COMO A SU DOMICILIO Y A SU LUGAR DE TRABAJO, Y LA PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE CON ELLA POR CUALQUIER MEDIO DURANTE UN PERÍODO, en ambos casos, de QUINCE AÑOS.

Asimismo se le impone la medida de LIBERTAD VIGILADA, a cumplir tras la pena privativa de libertad, durante un período de SIETE AÑOS, con la obligación de participar en programas de educación sexual.

En concepto de responsabilidad civil D. Jeronimo deberá indemnizar: a D^a Ascension en la cantidad de DIEZ MIL CIENTO OCHENTA EUROS (10.180 euros) y a D. Nicolas en la cantidad de NOVENTA Y CUATRO EUROS (94 euros), más los intereses legales del art. 576 de la LEC.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales que incluirán las de la acusación particular.

Se abonará para el cumplimiento de las penas de prisión impuestas el periodo de tiempo en que el acusado haya estado privado de libertad por esta causa.

Firme esta sentencia requiérase a la perjudicada a fin de que manifieste si desea ser notificada de los permisos de salida, clasificaciones de grado y demás resoluciones previstas respecto del condenado en trámite de ejecución que puedan suponer su puesta en libertad u otra medida de las previstas en la ley que pueda afectarla y si consiente que la notificación se efectúe directamente por el Centro Penitenciario para mayor rapidez y para que éste, en su caso, lo comunique al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del Centro de destino. En caso de dar una respuesta afirmativa, recójase su dirección de correo electrónico o postal a tales fines. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en los arts. 7.1 e), 13.1. y 2 y 5.1.m) del Estatuto Jurídico de la Víctima.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dentro de los diez días desde la última notificación".

TERCERO.- Interpuesto recurso de apelación por Jeronimo contra la sentencia anteriormente citada, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 28 de mayo de 2021, con el siguiente Antecedente de Hecho Tercero:

"TERCERO.- Notificada la misma, interpuso contra ella recurso de apelación la representación procesal de Jeronimo , recurso impugnado por la representación procesal de Ascension y el Ministerio Fiscal interesando la íntegra confirmación de la resolución recaída en la primera instancia".

Y el FALLO de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de fecha 28 de mayo de 2021 es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Jeronimo contra la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2020, dictada por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el procedimiento ordinario nº 453/2020, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, y declaramos de oficio las costas de esta alzada".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Jeronimo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación legal de Jeronimo alegó los siguientes **motivos de casación**:

1. "PRIMERO. - Infracción de Ley al amparo del art. 847 a) 1º y art. 849.1 LECrim, en relación con el 5.4 LOPJ por vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24 CE) al no haberse visto enervado el mismo con la prueba practicada en el plenario".

2. "SEGUNDO.- Infracción de Ley al amparo del art. 847 a) 1º y art. 849.1 ambos de la LECrim, en relación con el 5.4 LOPJ por vulneración de la tutela judicial efectiva en su modalidad del derecho a una resolución motivada conforme a lo previsto en los artículos 120.3, 24.2 y 9.3 de la Constitución en cuanto a la motivación y artículo



25 en cuanto vulneración del principio de proporcionalidad y motivación, en relación con art. 66 CP en relación con relación con los artículos 179 CP, 57 y 192.1 CP".

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la acusación particular y el Ministerio Fiscal interesaron la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 30 de noviembre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Primer motivo: "infracción de ley al amparo del art. 847 a) 1º y art. 849.1 LECrim, en relación con el 5.4 LOPJ por vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24 CE) al no haberse enervado el mismo con la prueba practicada en el plenario".

1. El reproche que se observa en el desarrollo del motivo se encuentra, sin embargo, más próximo al de un motivo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues se queja el recurrente de que el tribunal de apelación se ha negado a examinar, en segunda instancia, la prueba practicada en la primera, por entender que la jurisprudencia contraria a ello, en atención al principio de inmediación, ha de quedar superada, desde el momento que, gracias a las nuevas tecnologías, el juicio queda registrado en soporte videográfico, lo que permite una nueva valoración de toda la prueba, incluida la de carácter personal, al tribunal de apelación.

Frente a tal planteamiento, y en la medida que es orientativo del enfoque que ha de darse a la cuestión, nos parece acertada la respuesta que, en su escrito de impugnación al recurso, da la acusación particular cuando dice lo siguiente:

"La Excma. Sala ante la que ahora comparecemos y que por mor de la legalidad vigente debe resolver acerca del recurso de casación formalizado por D. Jeronimo no tiene como cometido el formar su íntima convicción tras examinar un acervo probatorio que los magistrados no han presenciado, para, a partir del resultado de las mismas, poder confirmar la valoración efectuada, primero por la Sección 1ª de la Ilma. Audiencia Provincial y posteriormente por la Ilma. Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia, si es que ambos resultados fuesen coincidentes.

La acción que deberá llevarse a efecto será la de determinar si la práctica de la prueba se ha efectuado legalmente, si las mismas fueron en su momento obtenidas sin vulneración de ningún derecho fundamental y si, partiendo de esas premisas, la Audiencia Provincial y el Tribunal Superior de Justicia las han valorado de forma que se pueda ratificar dicha valoración por encontrarnos ante un razonamiento lógico.

Y todo ello a pesar de que en la actualidad tanto la Ilma. Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid como la Excma. Sala a la que nos dirigimos tengan la posibilidad de acceder, mediante el empleo de nuevas tecnologías, a la visualización de la vista celebrada en su momento".

2. Antes de seguir avanzando conviene hacer una precisión fundamental, que es que, en el caso, estamos ante un recurso de apelación contra una sentencia condenatoria en primera instancia, cuyo tratamiento no puede ser igual que un recurso de apelación contra una sentencia absolutoria, pues el relativo a ésta pasa por unas garantías/limitaciones, a partir de la STC167/2002, de 18 de septiembre que no son extensibles a las de aquélla, consecuencia del distinto trato que ha de recibir la prueba de cargo y la de descargo.

Ello es así, porque con la de cargo lo que se pretende es vencer la presunción de inocencia con la que se entra en juicio, mientras que, en la medida que la inocencia no es objeto del proceso penal, la de descargo estará en línea de corroborar esa presunción de la que goza todo acusado, y muestra de ello es el enfoque asimétrico que la jurisprudencia ha dado a los recursos, según que lo sean contra uno u otro tipo de sentencias, a partir de la referida STC 167/2002, sujetando la revisión de las primeras a una serie de garantías no exigibles respecto de las segundas, hasta el punto de destacarse así en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LECrim. de 2020, en que se llega a hablar de "una desigualdad deliberada", o ver lo que, en su art. 20.1, establece, en relación con las garantías probatorias, donde se dice: "toda prueba de cargo deberá ser incorporada al proceso penal con pleno respeto al derecho de defensa y al derecho a un proceso con todas las garantías", lo que no se dice de la prueba de descargo. Y también aquí podemos recordar lo que sobre este particular encontrábamos en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, cuyo art. 13, en relación con las pruebas de valoración prohibida, por su obtención, directa o indirecta, con vulneración de derechos fundamentales o en cuya práctica se lesionen los mismos, como regla general exceptuaba de ello las que fueran favorables al encausado.

Es cierto que no son, las anteriores, normas en vigor, pero no lo es menos que responde criterios propios del proceso penal, entre ellos que no debe abordarse de manera igual situaciones diferentes, y sucede que, cuando



hablamos de prueba de descargo, las razones que hay para excluir la prueba de cargo no se dan cuando se trata de descargo, ya que mientras ésta es un aval en pro de la inocencia, la depuración de la otra está en evitar que se sancione indebidamente, de ahí que, con carácter general, se deba aceptar, sin más, la prueba de descargo, frente a las garantías exigibles para que la de cargo tenga efectos enervantes de la presunción de inocencia, para lo cual deberá superar un control de licitud. De lo contrario, podrían darse situaciones tan absurdas como que las garantías que, por ser a favor de reo, son exigibles para la valoración de la prueba de cargo, si se trasladasen de manera acrítica a la prueba de descargo, hasta impedir, también, su valoración, pudieran repercutir en su contra; o, dicho de otro modo, las limitaciones que, en orden a la valoración de la prueba, impone la exigencia de determinadas garantías en favor del acusado, no puede llevarse al extremo de que, porque así sea, acaben redundando en su perjuicio.

3. Dicho lo que antecede, si pasamos a la regulación del recurso de apelación en el vigente derecho positivo, vemos que el legislador, respecto del relativo a sentencias absolutorias, en que se cuestione por la acusación la valoración de la prueba, ha asumido la doctrina constitucional, que ha trasladado al art. 792.2 LECrim. tal como quedó redactado tras la reforma operada por Ley 41/2015, que, en su pf. I, dice como sigue:

"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", apartado éste, en cuyo pf. III establece: "Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada".

Como se puede apreciar, el anterior régimen es referido solo cuando de apelación de sentencias absolutorias se trata (o de condenatorias cuya agravación se pretenda), cuyos efectos son distintos a si fuere de sentencias condenatorias con pretensión de absolución, porque solo respecto de las primeras, y siempre referido al recurso por error en la valoración de la prueba, obliga al reenvío para nueva decisión por parte del tribunal sentenciador de primera instancia (art. 792.2 pf. II), no así, si se trata de condenatorias, en que nada obsta a que la decisión la tome el mismo tribunal de apelación.

Es cierto que la propia LECrim. contempla que las partes, en previsión del recurso de apelación, soliciten copia de los soportes en que se hubieran grabado las sesiones del juicio (art. 790.1 LECrim.), así como la posibilidad de que, con ocasión de la vista de dicho recurso, se reproduzcan las grabaciones del juicio (art. 791.2 LECrim.); ello da a entender la posibilidad de permitir al tribunal de apelación una nueva valoración de la prueba, cuando la apelación sea de sentencias condenatorias, como si de un tribunal de primera instancia se tratara, pero, sin embargo, no debe entenderse como que el visionado del juicio en segunda instancia sirva como instrumento para enfrentamiento de criterios valorativos entre distintos tribunales, pues nada garantiza un mayor acierto por parte del tribunal de apelación tras el visionado de un juicio no celebrado a su presencia, que el que tuvo quien lo presencié, lo que no significa estar negándole importancia, en la medida que el mismo sí puede ser un medio, mejor que la información que puede aportar una documentación escrita, para corregir errores, como también para control del juicio de revisión propio del recurso de apelación.

Por lo demás, si el recurso de apelación es vehículo para control de la legalidad del proceso valorativo de la prueba practicada en la instancia, habrá de serlo tanto sea trate de impugnación de sentencias absolutorias como condenatorias; lo que sucede es que ese margen de revisión es distinto, más amplio respecto de estas segundas porque la persona condenada está asistida de un derecho que no tiene correspondencia en el lado de los acusadores, como es la presunción de inocencia.

4. En algún momento se planteó como remedio para salvar el óbice a esa falta de intermediación de la que careciera el órgano de apelación, la reproducción mediante el visionado de la grabación audiovisual del juicio celebrado en la instancia; sin embargo, fue una alternativa que descartó el Tribunal Constitucional, porque, al margen otras consideraciones, lo fundamental es que entendió que el referido mecanismo no soluciona, en puridad, el problema, por cuanto que la esencia de la intermediación es el contacto directo con el material probatorio, y éste solo lo tiene el juez ante cuya presencia se practica la prueba, y muestra de ello lo encontramos en la STC 2/2010, de 11 de enero de 2010, en la que, reproduciendo el FJ 6º de la STC 120/2009, se puede leer lo siguiente: "como es notorio, la insuficiencia del acta del juicio como medio de documentación de las pruebas de carácter personal -incluso cuando el empleo de estenotipia permita consignar literalmente las palabras pronunciadas en el curso del acto- viene dada por la imposibilidad de reflejar los aspectos comunicativos no verbales de toda declaración. Ciertamente tal deficiencia no puede predicarse sin más de aquellos medios que con creciente calidad transmiten o reproducen las declaraciones, como acontece con la videoconferencia y con la grabación en soporte audiovisual, lo cual nos aboca a valorar



si el concepto tradicional de inmediación debe modularse ante el incesante progreso de las técnicas de transmisión y reproducción de la imagen y del sonido. Con carácter general, aun cuando cabe señalar una vertiente de la inmediación que se identifica con la presencia judicial durante la práctica de la prueba (art. 229.2 LOPJ), en un sentido más estricto hemos establecido que "la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración" (por todas, STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5)". Y continúa la Sentencia su discurso, hasta concluir que dicha garantía de inmediación precisa que el tribunal de apelación lleve a cabo un "examen personal y directo" de la prueba personal en el seno de una nueva audiencia, en la medida que "este examen "personal y directo" implica la concurrencia temporoespacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones".

La anterior doctrina, sin embargo, que hay que entenderla referida al caso de apelaciones contra sentencias absolutorias, no es trasladable, sin más, al caso de que la apelación lo sea contra sentencias condenatorias, debido al trato asimétrico diferencial entre ellas, consecuencia de las garantías propias de las primeras, no de las segundas. Y, así, sobre la posibilidad de corregir, respecto de éstas, en segunda instancia, la valoración de la prueba realizada en la primera, sin pasar por los criterios propios de la apelación de las absolutorias se trató en la STC 184/2013, de 4 de noviembre de 2013, que, poniendo como referencia de partida su doctrina que arranca de la STC 167/2002, explica que ésta "se ocupó del alcance de las garantías constitucionales para quien resulta condenado en la segunda instancia, tras revisar una previa absolución, inspirándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbatani c. Suecia*, o de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumania*). Según esa doctrina, el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción"; e insiste el TC en que lo único que la Constitución proscribiera es la revocación de una absolución sin respeto a las garantías de inmediación y defensa contradictoria.

Y continúa más adelante diciendo que, sin embargo, frente a estos casos "en el presente asunto el apelante solicitaba en aquel motivo del recurso su propia absolución, y que nuestra jurisprudencia no veda, como se ha visto, dicha valoración probatoria cuando se trata de Sentencias condenatorias en primera instancia, aunque tampoco la previa celebración de vista si el órgano judicial lo considera necesario para responder con todas las garantías a la pretensión formulada. Así lo pedía el apelante en el tercer otrosí digo de su recurso. Lo único que no puede admitirse es la invocación a la STC 167/2002, de 18 de septiembre, para negar el derecho al recurso frente a la condena penal impuesta en primera instancia. Precisamente en esa misma Sentencia el Pleno del Tribunal dispuso que el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo*, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*".

En esta misma línea, la STC 201/2012, de 12 de noviembre de 2012, había indicado que "[...] procede tomar en consideración que las garantías de inmediación y contradicción, como principios esenciales de una correcta valoración de la prueba (SSTC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 48/2008, de 11 de marzo, FJ 4), así como la de audiencia personal, son garantías vinculadas al derecho de defensa y al derecho a la presunción de inocencia (ATC 467/2006, de 20 de diciembre, FJ 3), cuya exigencia también en la segunda instancia a través de la celebración de vista se fundamenta en la particular protección constitucional de quien, como acusado, es sometido al *ius puniendi* estatal. Como ha puesto de manifiesto el ATC 467/2006, de 20 de diciembre, "desde su origen en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, la doctrina de este Tribunal en torno a la exigencia constitucional de la garantía de inmediación para la valoración de las pruebas personales ha situado la titularidad del derecho correspondiente en el acusado" (FJ 4). Ello se fundamenta en que "en cuanto que pueden sufrir la intervención punitiva del Estado, el imputado y acusado gozan de unas garantías constitucionales, procesales y sustantivas, diferentes y mayores que las de otros participantes en el proceso" (STC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3). "Esta asimetría se justifica plenamente por la trascendencia de sus intereses en juego, pues al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema -la pena criminal-, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales (SSTC 41/1997, FJ 5; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 7)" (ATC 467/2006, de 20 de diciembre, FJ 3)".



5. La jurisprudencia de esta Sala se hizo eco de la anterior doctrina en nuestra STS 162/2019, de 26 de marzo de 2019, en la que, tras decir que el criterio constitucional aplicable al recurso contra sentencias absolutorias no es trasladable al de las condenatorias, trae a colación las dos anteriores sentencias, en los siguientes términos:

"Por tal motivo y por citar dos ejemplos en la STC 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4, se denegó una petición de amparo señalando que para confirmar una sentencia absolutoria no era necesario reiterar las pruebas de primera instancia, sino que el órgano de apelación podía valorarlas directamente por más que no las hubiera presenciado. El tribunal de apelación había confirmado la absolucón y la acusación planteó que de la misma forma que para condenar a quien ha sido absuelto era necesario oír al acusado para confirmar la absolucón había que proceder de la misma manera y el Tribunal Constitucional rechazó semejante planteamiento indicando que la doctrina de la STS 167/2002 tiene un alcance limitado y sólo es aplicable al tipo de sentencias al que nos venimos refiriendo.

En la misma dirección en la STC 184/2013, de 4 de noviembre, se analizó el caso de un tribunal de apelación que confirmó una sentencia condenatoria con el argumento de que no podía entrar a valorar la prueba porque no la había presenciado, aplicando la doctrina de la STS 167/2002, y el máximo intérprete constitucional rechazó semejante planteamiento señalando que negarse a valorar la prueba, "sobre la base de una errónea apreciación de la doctrina de nuestra STC no solo revela el déficit de motivación aducido y de incongruencia con sus pretensiones, sino, como consecuencia, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por privarse al recurrente de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria".

6. A partir de las anteriores consideraciones, podemos extraer algunas conclusiones. En primer lugar, que el recurso de apelación, cuando lo es por error en la apreciación de la prueba, no pierde su función, ya sea contra sentencias condenatorias o absolutorias, en el sentido de que es un juicio de revisión, en lo que toca al control sobre la estructura racional del proceso valorativo de la prueba, para lo que el principio de inmediación poco aporta, lo que no quiere decir que no pueda contribuir a un mejor control el visionado de la grabación del juicio. Así, por la vía de la presunción de inocencia, de la interdicción de la arbitrariedad, o el tratamiento de la prueba arbitraria, aspectos a los que poco puede aportar la inmediación, cabe fiscalizar la valoración de la prueba, a los efectos de verificar la razonabilidad del discurso valorativo; de esta manera, hay posibilidad de revisión del juicio fáctico a través de la presunción de inocencia. Cuestión distinta es que las consecuencias sean distintas en caso de que prospere el recurso, dado el sistema de reenvío al tribunal sentenciador si se trata de sentencias absolutorias, no contemplado respecto de las condenatorias.

Al ser ajeno a la inmediación el juicio de revisión, de la misma manera que debe ejercer un control sobre la estructura racional de la valoración de la prueba practicada en la instancia el tribunal de apelación, puede hacerlo el tribunal de casación a través de la presunción de inocencia, pues, en definitiva, es motivo coincidente en los recursos de apelación y casación la queja por vulneración del referido derecho fundamental; pero sucede que, ante el tribunal de apelación, además de por la vía de la presunción de inocencia, cabe cuestionar el juicio fáctico de la sentencia de instancia por la vía directa del motivo de apelación por error en la valoración conjunta de toda la prueba practicada y no solo por el muy estrecho margen que permite el error basado en prueba documental literosuficiente, propio del recurso de casación.

Por otra parte, no se debe olvidar la distinta naturaleza que tienen estos recursos, con espacios propios y diferenciados, de manera que no todo lo predicable del régimen de la casación, como recurso extraordinario, es trasladable a la apelación, como recurso ordinario, cierto que con las limitaciones derivadas de las garantías impuestas por la jurisprudencia constitucional cuando se trata de sentencias absolutorias, que, como venimos diciendo, no son trasladables a la apelación de sentencias condenatorias; pero, en el caso de éstas, permite colocarse en una situación próxima a la que se encontró el tribunal sentenciador, siendo por ello que el alcance del recurso del recurso de apelación de este tipo de sentencias, en lo relativo a la valoración de la prueba, más propio de un *novum iudicium*, es más amplio que en el recurso de casación.

Así, de la misma manera que hemos dicho que lo concerniente al juicio de revisión, en lo relativo al control sobre la estructura racional del proceso valorativo, es cuestión fiscalizable tanto por vía del recurso de apelación ante el tribunal de apelación, como por la del recurso de casación ante el tribunal de casación, lo que es materia de puro control sobre a valoración de la prueba es cuestión que ha de ocupar al tribunal de apelación, siendo desde este punto de vista donde alcanza una importancia propia el visionado de la grabación del juicio, y ello porque, al margen el mejor control que permite en lo relativo al juicio de revisión, conlleva otro más preciso control sobre la información que aporta el material probatorio traído a juicio, y es por ello por lo que decíamos en nuestra mencionada STS 162/2019, de 26 de marzo, que "en caso de sentencias condenatorias el tribunal de apelación puede rectificar el relato histórico cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un claro error del juzgador que haga necesaria su modificación", que poníamos en relación con el juicio de revisión, de la siguiente manera:



"Siendo cierto que la función del tribunal de apelación no consiste en reevaluar la prueba sino revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia, si aprecia error debe rectificar la declaración fáctica y sustituirla por una propia, respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la inmediación y justificando el cambio de criterio no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas. Su decisión debe ajustarse a parámetros objetivos, que pongan de relieve la racionalidad del cambio de criterio y, por supuesto, deben expresarse mediante la adecuada motivación".

Esto es, si la prueba practicada en la instancia no supera el juicio de revisión, la información sobre lo actuado en el juicio es fundamental para la rectificación fáctica y su sustitución por otra, de ahí la importancia del visionado de dicho juicio por parte del tribunal de apelación, pues, dentro de esa información, poníamos como ejemplo constatar si la narración de los hechos contiene apreciaciones inexactas, errores groseros y evidentes, de relevancia suficiente para modificar el fallo, o si se ha omitido valorar alguna prueba que hubiera llevado a una conclusión diferente, de manera que, al ser esto materia propia del recurso de apelación y no del de casación, es por lo que terminábamos mostrando nuestra discrepancia con la sentencia recurrida "porque delimita erróneamente el ámbito del recurso de apelación al afirmar que la competencia del tribunal de apelación se limita a la revisión del juicio fáctico a través de la presunción de inocencia y a través del error en la valoración de la prueba únicamente cuando quede de manifiesto a partir de documentos que obran en autos, al modo en que se regula para la casación en el artículo 849.2 de la LECrim . Se hace una identificación entre apelación y casación que no es admisible".

7. De lo que venimos exponiendo, cabe concluir que la revisión de la prueba practicada en primera instancia pasa por unos criterios, a través de la verificación de su estructura racional, para control de la inmediación, pero que, sin embargo, es cuestión ajena a la inmediación el examen de esa estructura racional de la argumentación probatoria, pues hay aspectos relacionados con la presunción de inocencia, la interdicción de la arbitrariedad o el tratamiento de la prueba indiciaria sobre los que la inmediación poco aporta; son, pues, dos planos distintos, uno dependiente de la inmediación, como es lo relativo a la percepción personal de la prueba, propio del tribunal que la presencia, y otro el control sobre la valoración de esa prueba realizada por el tribunal inferior, a través de la vía del recurso, por parte del tribunal superior, ajeno a la percepción sensorial, de ahí que la estructura racional del discurso valorativo quepa revisarla con ocasión del recurso, en que el visionado del juicio puede ser utilidad.

Si como consecuencia de ese control no se supera el juicio de revisión, el visionado del juicio adquiere un papel de relevancia de cara a la conformación de un nuevo relato histórico, base de la sentencia absolutoria que se dicte por estimación del recurso de apelación. No se trata, pues, de que el tribunal de apelación, sin más, imponga la valoración de la prueba que el mismo pueda realizar sobre la que realizó el tribunal *a quo*, sino de que, no superado el juicio de revisión, rectifique el relato histórico tras el examen de lo actuado, en que no cabe ignorar la importancia del visionado del juicio.

La STS 1507/ 2005, de 9 de diciembre de 2005, citada en la sentencia apelada, lo sintetiza muy claramente cuando, tras referirse al 741 LECrim., que exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada en juicio, y al 717 LECrim., que precisa que las declaraciones testimoniales se valoren según "las reglas del criterio racional" dice que "ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizado tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

SEGUNDO.- Vista la incidencia del visionado de la grabación del juicio celebrado en la instancia a los efectos del recurso de apelación, pasamos al concreto examen de la queja por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que se formula en el primer motivo del recurso, de manera que lo que nos corresponde es verificar el acierto del tribunal de apelación en el juicio de revisión sobre la valoración de la prueba hecha en la instancia.

En este sentido, partiendo de considerar que el testimonio de cada víctima sería insuficiente como prueba de cargo base de una sentencia de condena, de lo que se trata es de constatar si viene avalada por otros datos probatorios que los corroboren, pues el presente motivo, al igual que se hiciera con ocasión del recurso de apelación, vuelve a mantener que la principal prueba de cargo, que son las declaraciones de las víctimas, no cuentan con tal aval, y se detiene en interpretar, a su manera y de forma inconexa, esos elementos que han sido tenidos como tales en la sentencia de instancia y convalidados de manera extensa, detallada y con acierto en la de apelación. Al ser esto así, y puesto que el objeto del presente recurso de casación es la sentencia de apelación, en torno a ella haremos nuestras consideraciones, aunque sea a costa de ciertas reiteraciones, si bien limitándonos tan solo a aquellos aspectos corroboradores que se discute que lo sean en el recurso.

Dejando al margen la persistencia y coherencia de la versión de los hechos que hacen las víctimas, de la que habla la sentencia de instancia, sucede que, en el caso, son dos, lo que les dota de un recíproco refuerzo.



Tienen en cuenta tanto la sentencia de instancia como la de apelación la declaración del agente NUM002, respecto de cuyo testimonio se dice que éste solo puede narrar lo que las víctimas le explicaron, sin que pueda aportar dato alguno significativo ni determinante para señalar al autor, lo que, sin negar que sea cierto, y sobre este particular su testimonio se considere como un testimonio de referencia, no por ello deja de constituir una información que abunda en la persistencia de lo que dichas víctimas han venido declarando desde el primer momento en que tuvieron oportunidad de poner en conocimiento de una autoridad los hechos. En cualquier caso, la aportación del agente es bastante más que la que puede aportar un testigo de referencia, y, en este sentido, la sentencia de apelación destaca el estado anímico del varón detectado por el agente inmediatamente después de sucedidos los hechos.

Asimismo, se cuestiona como elemento corroborador el informe pericial psicológico, porque, aunque no se niega que presente una sintomatología acorde con un trastorno de estrés postraumático propio de mujeres víctimas de violencia sexual, se dice que no acredita nada respecto de los hechos sucedidos y su autor, lo que tampoco negamos que así sea, si se interpreta fuera del contexto de valoración conjunta de toda la prueba practicada como corresponde a la prueba indiciaria, que es lo que se hace en la sentencia de instancia, y ratifica la de apelación, en la que se pone en ese contexto, en la medida que señala que la víctima demandó dicha atención psicológica el día 28 de junio, esto es, solo 12 días después de los hechos.

Como también se reprocha que se haya tenido en cuenta que el acusado cogiera el transporte público en el metro de Moncloa dos horas después de los hechos, que no es exactamente donde tuvieron lugar, situados en la parte trasera del Hospital Clínico de San Carlos, que, ciertamente, no es el mismo, pero que es notorio para quien conozca Madrid que se ubican por la misma zona y que, a pie, puede tardarse en hacer ese recorrido unos 15 minutos, y que, si bien es cierto que no es determinante de la autoría, como reconoce el TSJ, es un dato más "a conjugar con el resto de los elementos probatorios aptos para lograr el convencimiento judicial".

No se hace referencia en el motivo a otros elementos indiciarios, como los relativos a la autoría, por lo que damos por reproducido lo que respecto de los mismos recoge la sentencia de instancia, y solo resaltamos el informe pericial de ADN, sobre los restos celulares hallados en el dobladillo del vestido de la víctima, con localización de dos haplotipos de cromosoma, uno de los cuales resultó corresponder con el del acusado con alta probabilidad, que confirma la identificación que de él hicieron las víctimas en rueda de reconocimiento y también en juicio.

En definitiva, avalada la principal prueba de cargo, consistente en la declaración de las víctimas, con los elementos de corroboración apuntados en la sentencia de instancia y superado el juicio de revisión por el TSJ, solo nos queda ratificar la decisión de éste, que rechazó la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que ha venido denunciando el recurrente.

Procede, en consecuencia, la desestimación del primer motivo del recurso.

TERCERO.- Segundo motivo: "infracción de ley al amparo del art. 847 a) 1º y 849.1 ambos de la LECrim, en relación con el 5.4 LOPJ por vulneración de con relación la tutela judicial efectiva en su modalidad del derecho a una resolución motivada conforme a lo previsto en los artículos 120.3, 24.2 y 9.3 de la Constitución en cuanto a la motivación y artículo 25 en cuanto vulneración del principio de proporcionalidad y motivación, en relación con el art. 66 CP en relación con relación a los artículos 179 CP, 57 y 192.1 CP".

Vuelve a mostrar el recurrente su disconformidad con las penas que le fueron impuestas por el tribunal sentenciador, como ya hiciera con ocasión del recurso de apelación, particular sobre el que ha obtenido debida respuesta en la sentencia dictada por el TSJ, que ratifica las consideraciones que al respecto se hacen en la sentencia de instancia, por lo que poco más que lo que en ellas se motiva habremos de decir, teniendo en cuenta que es materia sujeta al arbitrio judicial y que nuestro control en casación se centra en el aspecto relativo a su motivación.

En efecto, la pena correspondiente por el delito de agresión sexual del art. 179 CP, por el que viene condenado el recurrente abarca un arco penológico de seis a doce años de prisión, pena que cabe recorrer en toda su extensión en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, como establece el art. 66.1.6ª CP, que se fija en once años, no de una manera arbitraria, que es lo que ha de controlar este Tribunal de Casación, sino tras haber valorado que el condenado se ensaña (dicho sea esto en términos vulgares) con su víctima a la que penetra no una, sino cinco veces, y que tan bestial comportamiento lo despliega en presencia de su pareja sentimental, quien se ve limitado en sus movimientos al verse amenazado con una pistola, con lo que de humillante tiene tal situación para las víctimas, especialmente para ella.

Y en lo que a la pena por el delito de robo con intimidación del art. 242 CP se refiere, al concurrir la circunstancia agravante de reincidencia, la pena mínima imponible sería tres años, seis meses y un día de prisión, por lo que,



el que se haya fijado en cuatro años, nos parece coherente con las circunstancias concurrentes, que también explica el tribunal sentenciador, como son la mayor impunidad que conlleva haber perpetrado el delito en un lugar escasamente poblado y aprovechando la oscuridad de la madrugada.

Por último, en cuanto a las penas accesorias, de prohibición de acercamiento a las víctimas, la gravedad de los hechos, por sí sola, justifica su adopción, más si se tiene en cuenta las secuelas psicológicas que han quedado a la ofendida, pues, como explica el tribunal sentenciador, "la imposición de esta clase de pena contribuye a garantizar la indemnidad física y psicológica de la víctima y a lograr que esa secuela en particular pueda mitigarse". Y las mismas razones son válidas para considerar ajustada la extensión en que se ha impuesto la medida de libertad vigilada.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

CUARTO.- La desestimación del recurso lleva aparejado, por disposición del art. 901 LECrim, la condena al pago de las costas ocasionadas con motivo del mismo al recurrente.

FALLO

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

NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Jerónimo** contra la Sentencia 181/2021, dictada con fecha 28 de mayo de 2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Recurso de Apelación 164/2021, que se confirma íntegramente, con imposición de las costas causadas con motivo del recurso al recurrente.

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

Así se acuerda y firma.