



Roj: **STS 4626/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4626**

Id Cendoj: **28079120012021100981**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2021**

Nº de Recurso: **88/2020**

Nº de Resolución: **1004/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 1.004/2021**

Fecha de sentencia: 17/12/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 88/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/12/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 88/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 1004/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

Dª. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 17 de diciembre de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Marcial** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª de fecha 25 de junio de 2019 en el Rollo de Sala nº. 18/2017, que le condenó por un delito de **abuso sexual**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la procuradora Dª Elena Natalia González-Páramo Martínez-Murillo, bajo la dirección letrada de Dª. M. Carmen Pérez Martín, y como parte recurrida Dª. Mercedes, representada por el procurador D. Joaquín de Diego Quevedo, bajo la dirección letrada de D. David Gutiérrez Corro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de instrucción nº 21 de Barcelona instruyó sumario nº 1/2017 contra D. Marcial y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, que con fecha 25 de junio de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "PRIMERO.- Se declara probado, y así se declara, que el día 24 de octubre de 2015, y tras haber pasado la noche anterior en el BARRIO000 de Barcelona en compañía de Roberto, con el que en aquel momento mantenía una relación de pareja, la menor Mercedes (nacida el NUM000 /2001 y que por lo tanto contaba con trece años de edad), estableció relación con otros jóvenes por la zona entre los que se encontraba el acusado Marcial, mayor de edad (33 años en el momento de los hechos), con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia. Más tarde, Roberto desapareció del lugar con el resto de los jóvenes y Mercedes se encontró a solas con el acusado, quien le propuso ir al domicilio de un amigo donde encontrarían a su novio, diciéndole que habían quedado allí. Después de comprar el acusado una botella de whisky, cogieron el metro y bajaron en la estación de DIRECCION000 de la Línea IV. Entraron en un inmueble cercano cuya dirección se desconoce y subieron a una vivienda del piso segundo en la que estaban dos chicos y una chica que no han sido identificados a los efectos de la presente causa.

El acusado la llevó a una habitación en la que estuvieron consumiendo marihuana, cocaína y combinados de whisky con coca-cola, llegando a afectar de forma importante las facultades intelectuales y volitivas de la menor.

En un momento determinado, sin que haya podido determinarse la hora, el acusado le bajó los pantalones, le levantó las piernas y la penetró vaginalmente sin que conste que llegara a eyacular.

Más tarde el acusado la acompañó al metro, subiendo a un convoy de la Línea IV ya que le dijo a Mercedes que en la estación de la Vila Olímpica le estaría esperando Roberto, bajando el acusado unas paradas antes y continuando la menor hasta esa estación donde no encontró a su novio. Allí hizo amistad con un joven magrebí con el que estuvo hablando y fumando hasta que fueron identificados por una patrulla de la Guardia Urbana que la condujeron a la unidad de menores de los mossos d'esquadra, donde no hizo mención alguna a lo sucedido.

**SEGUNDO.-** La menor se personó cuatro días más tarde (el 28 de octubre) acompañada de su madre Daniela tras haber pasado el día anterior por el HOSPITAL000 de DIRECCION001 en el que se aplicó el protocolo de delitos sexuales y fue explorada de forma conjunta por un equipo compuesto de ginecóloga, pediatra, psicóloga y médico forense. La exploración ginecóloga fue calificada como normal y no se apreciaron en la menor hematomas ni otras lesiones." (sic)

**SEGUNDO.-** La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, dictó sentencia nº 164/2018 con el tenor literal siguiente: " FALLAMOS Que debemos condenar y condenamos a Marcial, como autor responsable de un delito un delito de abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal a menor de dieciséis años previsto y penado en el art. 183.1 y 3 del Código Penal vigente en el momento de producirse los hechos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En materia de responsabilidad civil el acusado deberá a indemnizar a la menor Mercedes, a través de sus representantes legales, en la cantidad de 10000 (diez mil) euros por los perjuicios morales causados.

Se le condena asimismo al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

Se le impone también la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad.



Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días a partir de su notificación." (sic)

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional por la representación del acusado D. Marcial, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del art. 850.1 LECrim, por denegación de prueba propuesta en tiempo y forma.

Segundo.- Al amparo del art. 852.1 LECrim y art. 5.4 LOPJ, por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia reconocidos en el art. 24. 1 y 2 CE.

Tercero.- Al amparo del art. 852.1 LECrim y del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Cuarto.- Al amparo del art. 852.1 LECrim, en relación con el art. 5.4. de la LOPJ, y el art. 24 de la CE, y por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con el deber de motivación de las resoluciones judiciales y la interdicción de la arbitrariedad de los arts. 9.3 y 120.3 CE.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, por escrito de fecha 13 de octubre de 2020 solicitó la impugnación de todos los motivos del mismo, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 11 de noviembre de 2021 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 9 de diciembre de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia dictada con fecha 25 de junio de 2019 por la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Barcelona, condenó al acusado Marcial como autor de un delito de abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal a menor de dieciséis años, previsto y penado en el art. 183.1 y 3 del CP vigente en el momento de producirse los hechos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 8 años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Frente a esta sentencia se interpone recurso de casación por la representación legal del acusado. Se formalizan cuatro motivos. Siguiendo la indicación sistemática de los arts. 901 bis a) y bis b) de la LECrim, vamos a proceder al examen conjunto del primero y segundo de los motivos que, con distinto enunciado, acogen una queja similar que repercutiría en la denegación de una diligencia de prueba, con la consiguiente vulneración del derecho de defensa.

1.1.- Sostiene el recurrente en el primero de los motivos, con cita del art. 850.1 de la LECrim, la existencia de quebrantamiento de forma, al haberse impedido la aportación de documentación acreditativa de la "minusvalía psíquica, retraso mental" (sic) del acusado. Esa minusvalía -se aduce- puede haber afectado de forma relevante a la capacidad volitiva del acusado.

Razona la defensa que en la declaración ante el Juzgado de Instrucción núm. 20 de Barcelona, prestada el día 11 de noviembre de 2015, Marcial manifestó que tenía "un problema en los genitales" y "una minusvalía del 50%", habiendo asistido "a un colegio de educación especial" en atención a su "DIRECCION005" (sic).

En la declaración indagatoria de fecha 30 de marzo de 2017 ante el Juzgado de Instrucción núm. 21 de Barcelona (folio 387) volvió a reiterarlo.

1.2.- En el segundo motivo, la alegada vulneración del derecho a la prueba se habría producido por la no suspensión del juicio para asegurar la presencia del testigo, debidamente propuesto en el escrito de defensa, Roberto, en la fecha de los hechos, pareja de la víctima.

La prueba testifical de Roberto -arguye la defensa- era primordial, dado que en fase de instrucción este testigo manifestó, con fecha 10 de mayo de 2016 ante el Juzgado de Instrucción número 21 de Barcelona, que "... eran pareja. Que conoció a Marcial el día de los hechos, que vino un chico que le ofreció una raya y se giró para ello y cuando volvió se encontró que Mercedes no estaba y le dijeron que se había ido con Marcial. Que la estuvo esperando en el mismo sitio y no volvió aparecer.... Que la buscó, y que a los tres días apareció y le



*explico que había estado con Marcial y que según ella se metieron de todo y que no estaba segura pero que creía que Marcial la había violado porque le dolía y que le intentó meter mano ...".*

Subraya el Letrado recurrente que la víctima tardó cuatro días en proceder a interponer una denuncia de agresión sexual. Antes y después de los hechos tuvo relaciones sexuales con Roberto, sin que aludiera a ningún tipo de lesión física, lo que acreditaría la inexistencia de una agresión.

**1.3.-** La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (cfr. por todas, SSTC 86/2008, de 21 de julio, FJ 3; 133/2003, 30 de junio; FJ 3 a); 142/2012, 2 de julio FJ 6 y 14/2001, de 28 de febrero, FJ 2).

Es cierto que este entendimiento jurisprudencial del derecho a la prueba ha sido modulado, en no pocos precedentes de esta Sala, cuando el marco procesal al que se acomoda la causa es el que define el procedimiento ordinario por delitos más graves o sumario ordinario. La concepción histórica de este modelo de procedimiento, con fases claramente diferenciadas y no ajenas a una ordenación inspirada en el principio de preclusión, hace explicable algunos de nuestros pronunciamientos que someten a mayor rigor formal la aportación probatoria. Esa interpretación está avalada por el juego combinado de los arts. 656 de la LECrim - que exige que la propuesta probatoria se contenga en el escrito de conclusiones provisionales- y el art. 728 de la LECrim, según el cual, "no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas".

Ambos enunciados, en su literalidad, ya advierten de que el momento de formulación del escrito de conclusiones provisionales, tanto para las acusaciones como para las defensas, encierra una importancia decisiva para hacer valer la propuesta probatoria que va a practicarse en el plenario. Y es que en el procedimiento ordinario, a diferencia de lo que acontece en el procedimiento abreviado, no existe un precepto que habilite -como hace el art. 786.2 de la LECrim- un turno de intervenciones para que las partes puedan expresar " *el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto*".

De ahí que, con el sostén de la literalidad de esos preceptos, toda prueba que no haya sido formalmente solicitada en el escrito de conclusiones debería ver excluida su procedencia, para el caso en que fuera propuesta al comienzo de las sesiones del plenario. Cuestión distinta es que esa visión histórica, ceñida a la literalidad del art. 728 de la LECrim y que ha enfatizado durante tanto tiempo el significado del principio de preclusión, pueda ser hoy aceptada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha modulado la interpretación de esa visión preclusiva que inspira una interpretación literal de los arts. 656, 728 y 786.2 de la LECrim. Su enunciado permitiría afirmar, provisionalmente, que el único momento hábil para proponer pruebas es el correspondiente a la presentación del escrito de conclusiones provisionales. La rigidez de esta conclusión se ha visto atenuada por las sucesivas regulaciones procesales, que admitieron la proposición de nuevas pruebas al inicio de las sesiones del juicio oral, en el curso de la audiencia preliminar contemplada en el actual artículo 786.2 de la LECrim, para practicarse en el acto. De la misma forma, el artículo 45 de la LOTJ permite la proposición de nuevas pruebas al inicio del juicio oral, también siempre que puedan practicarse en el acto.

Estas previsiones se ampliaron jurisprudencialmente admitiendo la propuesta de nuevas pruebas con anterioridad a ese momento, por razones de mera lógica. Admitida la posibilidad de su propuesta en la audiencia preliminar, nada debe impedir que se haga con anterioridad a la misma, en tanto que ello supone facilitar el conocimiento de las otras partes y, en definitiva, de la tramitación. Siempre que se respeten los principios de contradicción, igualdad de armas e interdicción de la indefensión.

Teniendo en cuenta la importancia que se reconoce en el proceso penal a la búsqueda de la verdad material como objetivo irrenunciable, la jurisprudencia ha extendido esa posibilidad excepcionalmente al procedimiento ordinario, si bien exigiendo que, al igual que ocurre en el abreviado o en el procedimiento ante el tribunal del jurado, existan razones justificadas, no se trate de un fraude procesal, y se respeten los principios de contradicción e igualdad de partes, evitando en todo caso la indefensión. En definitiva, se ha optado por una interpretación flexible de las normas procesales que, garantizando el respeto por los principios y las reglas esenciales del proceso y por los derechos de las partes, contribuya, al mismo tiempo, a un mayor



esclarecimiento de los hechos, superando un entendimiento rígido de los formalismos que pudiera resultar injustificado.

De ahí que el Tribunal Supremo haya admitido expresamente la posibilidad de presentar petición adicional de prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional siempre que: a) esté justificada de forma razonada; b) no suponga un fraude procesal y c) no constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión. Así lo ha razonado, entre otras, en las SSTS 345/2013, 24 de abril y 1060/2006, 11 de octubre, teniendo en cuenta expresamente que la defensa había tenido conocimiento temporáneamente de las nuevas pruebas y pudo proponer otras para contradecir la ampliada. Se trata, por tanto, de una doctrina plenamente consolidada en resoluciones posteriores (cfr. SSTS 94/2007, 14 de febrero; 1287/2007, 26 de enero), que la han aplicado, no sólo a supuestos de nuevos datos probatorios desconocidos al proponer la prueba, sino también a supuestos de error u omisión ( STS 872/2008, 27 de noviembre).

Esta interpretación ha sido considerada conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional en su STC 12/2011, 28 de febrero, que en su FJ 5º precisa que, conforme al principio de unidad del ordenamiento jurídico, resultaría un contrasentido que lo que la ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, la oralidad y, en suma, un incremento de garantías, no pueda extenderse al procedimiento ordinario, cuya regulación en este aspecto no ha variado desde la promulgación de la Ley en 1882.

En esta sentencia la jurisprudencia constitucional aborda el supuesto referido a una queja de indefensión esgrimida por el recurrente, en aquel caso la acusación particular, ante la decisión del órgano de enjuiciamiento de aceptar un trámite de aportación probatoria, en el procedimiento penal ordinario, una vez precluido el trámite de conclusiones provisionales: *" es cierto -y así lo declara el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada- que a diferencia del procedimiento abreviado, el procedimiento ordinario no prevé la posibilidad de solicitar la práctica de medios de prueba una vez cerrado el trámite de conclusiones provisionales ( art. 650 ss. LECrim ). Pero de la interpretación extensiva de la ley procesal efectuada por los órganos judiciales, aplicando al procedimiento ordinario las reglas del abreviado, no cabe deducir, frente a lo afirmado por el demandante, la vulneración de un derecho constitucional. (...) La traslación al procedimiento ordinario de la posibilidad de proponer prueba hasta el inicio del plenario viene argumentada por la Sala Segunda en virtud de diversas razones. La primera porque, en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico, resultaría un contrasentido que lo que la ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, la oralidad y, en suma, un incremento de garantías, no pueda extenderse al procedimiento ordinario, cuya regulación en este aspecto no ha variado desde la promulgación de la ley en 1882. La segunda, porque tal interpretación abona una mayor realización del mandato constitucional previsto en el art. 120 CE acerca del carácter predominantemente oral de los procedimientos, sobre todo en materia criminal. Y la tercera, porque ese proceder exegético ha sido expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala Segunda en otras resoluciones.*

*Sobre esta base, es claro que ninguna de tales razones puede ser calificada como arbitraria o fruto del mero voluntarismo, ni tampoco manifiestamente irrazonable o errónea; debiendo recordarse, además, que ni la solicitud de nuevas pruebas por parte del Ministerio público ni, con ello, su admisión por parte del órgano judicial, fue caprichosa o fruto del error o negligencia del primero, sino que estuvo motivada porque con posterioridad al trámite de conclusiones provisionales se dictó una Sentencia de la Audiencia Nacional que juzgaba al recurrente por otros hechos.*

En segundo lugar, y descartada ya la existencia de indefensión material, tampoco puede afirmarse merma alguna del derecho a la igualdad de armas ni, con ello, la imparcialidad judicial. Al respecto, no cabe desconocer que la interpretación de la legalidad efectuada por el órgano judicial ha coadyuvado a las pretensiones de la acusación, pero ello ha sido realizado con escrupuloso respeto a la igualdad de las partes, abriendo a las restantes partes del proceso y, en concreto, al demandante de amparo, las mismas posibilidades de solicitud de prueba. Así, es lo cierto que el mismo recurrente, después de haber renunciado a una prueba testifical inicialmente propuesta en el escrito de calificación provisional, propuso extemporáneamente -en el mismo acto del juicio oral- una prueba testifical, siendo admitida por la Sala".

En suma, el rechazo de la prueba propuesta al inicio del juicio oral, al amparo de la necesidad de evitar lo que alguna sentencia de esta Sala ha denominado "...el factor sorpresa", no está justificado. De lo que se trata, al fin y al cabo, no es de dilucidar el carácter sorpresivo o previsible de una propuesta probatoria, sino su pertinencia y necesidad (cfr. STS 197/2018, 25 de abril).

**1.4.-** En el caso que ahora es objeto de casación, el rechazo de la prueba pericial propuesta por la defensa al inicio del plenario se justificó por la Audiencia Provincial, precisamente, por la extemporaneidad de su aportación, al tratarse de un procedimiento ordinario.



Se trataba de una prueba de naturaleza documental encaminada a demostrar una alteración en la imputabilidad del acusado y que pretendía advenir la realidad de las alegaciones que en ese sentido se habían hecho en la declaración inicial y en la indagatoria practicada ante el Juez de instrucción núm. 20 de Barcelona. Se aludía así a "...un problema en los genitales" y una minusvalía del 50%, circunstancia esta última que había determinado su asistencia a un colegio de educación especial en atención "...a su DIRECCION005".

Por consiguiente, a la vista del cuerpo de doctrina expuesto en los apartados precedentes, ningún obstáculo procesal impedía que esa documentación pudiera haberse incorporado al material probatorio susceptible de valoración conforme al art. 741 de la LECrim.

**1.5.-** También se ha generado el quebrantamiento de forma al que se refiere el art. 850.1 de la LECrim, con la consiguiente vulneración del derecho a la prueba, ante la inatendida petición de que se suspendiera el juicio para lograr la localización de un testigo que se reputaba clave para hacer valer la inocencia de Marcial.

La Sala es consciente de las dificultades para lograr la presencia de un testigo que resulta ilocalizado después de la práctica de gestiones a tal fin por los agentes de policía. En el presente caso, la decisión de no suspender el juicio oral es entendible a la vista de la incomparecencia del testigo Roberto.

Pese a todo, al amparo de lo previsto en el art. 899.II de la LECrim, la Sala ha traído a la vista el rollo de la Audiencia en el que se documentan las razones por las que no fue suspendida la celebración del plenario al estimar inviable la localización del testigo, cuya declaración había sido declarada procedente en la resolución que resolvió sobre la pertinencia de la prueba.

Pues bien, en los documentos que obran a los folios 153 a 161 se observa que el domicilio del testigo Roberto es descrito en términos nada coincidentes entre sí: CALLE000 NUM001 ; CALLE000 ') NUM002 ; CI DIRECCION002 NUM003 ; CALLE000 núm. NUM001 ; DIRECCION003 NUM004 ; CALLE000 NUM003 .

Pese a esa divergente nomenclatura para identificar el domicilio del testigo Roberto, consta en la causa un oficio de los Mossos d'Esquadra (folio 161) en el que se consigna que las gestiones para su localización han sido positivas.

Todo aconseja, por tanto, que en el tiempo que necesariamente ha de transcurrir hasta el nuevo señalamiento, se intensifiquen las gestiones de localización del testigo cuya ausencia no determinó la suspensión del plenario que había sido solicitada por la defensa.

**1.6.-** De la relevancia que esa propuesta pudo tener en el desenlace del juicio son bien expresivos algunos de los pasajes de la sentencia cuestionada, en los que el Tribunal *a quo* lamenta la falta de iniciativa probatoria de las partes.

Así, en el primero de los párrafos que integran el FJ 1º puede leerse lo siguiente: "...la escasísima, casi desidia actividad probatoria de las partes ha provocado que finalmente en el acto del juicio el tribunal cuente exclusivamente con las declaraciones contradictorias de la menor y del acusado. Se había propuesto también la declaración testifical de Roberto pero su localización ha resultado infructuosa a pesar de los esfuerzos realizados a través del auxilio policial".

Además de algunos reproches dirigidos al Juez de instrucción, en el siguiente párrafo se añade el siguiente mensaje: "...así las cosas, la única prueba de cargo en la que se fundamenta la tesis acusatoria es la declaración de la propia menor, practicada directamente en el acto del juicio y complementada con la documental reproducida. Se ha echado de menos la presencia, al menos, de la madre de la menor, de la persona de su centro de estudios a la que la misma manifiesta que puso en conocimiento los hechos, de los guardias urbanos que identificaron en la calle el mismo día en que aquéllos sucedieron, los mossos d'esquadra del servicio de atención al menor a donde fue acompañada, los forenses y resto de Componentes del equipo médico que la atendieron en el hospital o los mossos que recibieron la denuncia y practicaron gestiones para identificar y localizar al acusado. Aparte de lamentar tales carencias en el cuadro probatorio, el tribunal tiene la obligación de valorar la exigua prueba practicada en los términos previstos en el art.741 LECrim".

La Audiencia Provincial vuelca una nueva censura, ahora dirigida al Juez de instrucción y a la parte acusadora, por haber impedido una verdadera prueba corroboradora, como sería el dictamen facultativo sobre los restos biológicos que acreditaran la realidad del contacto carnal entre el acusado y la víctima: "...más problemática resulta la corroboración periférica objetiva de la relación sexual al haber sido negada por el juez de instrucción la posibilidad de contrarrestar el ADN del acusado con el que pudiera hallarse en los restos biológicos obtenidos de la víctima, diligencia que ninguna de las partes solicitó tampoco en la fase intermedia, y no haber sido propuestos los testimonios de referencia que podrían aportarla. Sin embargo, la corroboración a la que se refiere la doctrina jurisprudencial no puede exigirse de todas y cada una de las manifestaciones de la víctima



sino del conjunto de las mismas, pues tiene como función primordial el poder determinar la verosimilitud del relato".

Y sobre la importancia del relato del testigo propuesto por la defensa, cuyo testimonio no pudo ser oído por las dificultades de localización, se razona en los siguientes términos: "...el acusado, en el legítimo ejercicio de su derecho de defensa, ha negado tener participación alguna en los hechos denunciados. Sí ha reconocido, en contra de lo que había manifestado en sede de instrucción, conocer a Roberto y haber coincidido con él y otros chicos y chicas españoles y marroquíes el día de autos por la zona de Plaça DIRECCION004 de Barcelona, aunque no recuerda que ninguna de ellas se llamara Mercedes. Al ser requerido para aclarar tal contradicción, la ha atribuido al temor que el mencionado Roberto le causa por haber tenido problemas y peleas con él y haber sido amenazado por el mismo, circunstancia a la que también achaca la identificación de la menor en la que, como luego se verá, la participación de Roberto fue fundamental. El acusado ha dicho también que es posible que el mismo tuviera su teléfono".

1.7.- La Sala no puede avalar un razonamiento, latente en la estructura lógica de la sentencia cuestionada, en el que se rechaza la virtualidad probatoria de los medios propuestos por la defensa pero, al mismo tiempo, se lamenta la carencia probatoria ofrecida por la acusación, se reprocha al Juez de instrucción el no haber hecho posible la aportación de la prueba de ADN y, en fin, se reconoce la importancia del testimonio de Roberto, presente en los momentos previos y posteriores al hecho que ha motivado la condena de Marcial.

Se impone, pues, la estimación de la queja del recurrente y, conforme impone el art. 901 bis a) de la LECrim, la devolución de la causa a la Audiencia Provincial a fin de que reponga la causa al estado que tenía cuando se cometió la falta y se sustancie el enjuiciamiento haciendo posible la aportación probatoria rechazada a la defensa.

2.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

## FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación por quebrantamiento de forma, promovido por la representación legal de **D. Marcial** contra la sentencia de fecha 25 de junio de 2019, dictada por la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida contra el mismo por un delito de agresión sexual, ordenando la reposición de la causa al momento en el que se quebrantó el derecho a valerse de los medios de prueba ofrecidos en el acto del plenario y que fueron indebidamente rechazados en la instancia.

Con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Antonio del Moral García D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet D. Ángel Luis Hurtado Adrián