

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ067238

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 289/2024, de 21 de marzo de 2024

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2782/2022

SUMARIO:

Proceso penal. Instrucción. Prueba preconstituida. Prueba de testigos. Valoración de prueba videográfica. Abuso sexual. En el proceso penal, la prueba preconstituida, la preconstitución en fase instructora de testificales prestadas por personas mayores de edad no ocluye, sin más, la necesidad de práctica plenaria de la prueba si se revela posteriormente que no concurre ningún óbice que lo impida. La no excesivamente afortunada fórmula empleada en el artículo 448.1 LECrim debe ser interpretada en el sentido de que es al tribunal competente para decidir sobre la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes al que le corresponde evaluar, a la luz del artículo 730 LECrim, qué causas impiden la producción de un determinado medio de prueba en el acto del juicio oral. El Tribunal de Estrasburgo acepta que en los procesos penales relacionados con el abuso o la violencia sexual que se puedan tomar ciertas medidas con el fin de proteger a la víctima -entre otras, su incomparecencia a juicio- siempre que concurren serias razones y puedan conciliarse con un ejercicio adecuado y efectivo de los derechos de defensa. No puede sostenerse que el simple dato de la residencia del testigo en el extranjero permita desplazar la regla general de producción plenaria, pero la denegación de la práctica plenaria del medio propuesto no se ha traducido en una situación de franca o irreductible indefensión ni ha supuesto, tampoco, que el aprovechamiento probatorio del contenido de la diligencia preconstituida suponga una vulneración de las reglas del derecho al proceso justo y equitativo, llamando la atención que el recurrente no protestó la denegación al inicio de la sesión del juicio celebrado en la instancia, aceptando la fórmula subrogada neutralizando, con ello, todo posible efecto indefensión.

Valoración de prueba videográfica: una videograbación, como todo documento que incorpora signos indiciales, capta solo un momento, un ángulo, una parte de toda la compleja realidad que envuelve la imagen captada. No siempre es posible decantar de las imágenes captadas un sentido objetivo y autoevidente. Entre otras razones porque además de lo que se plasma es también relevante lo que no se muestra. Toda imagen es, por tanto, potencialmente polisémica e implica una cadena flotante de significados posibles. De ahí la importancia, para su adecuada atribución de valor probatorio, conocer y analizar el contexto de producción del documento y atender, siempre, al conjunto de las informaciones probatorias disponibles.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 181.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 448, 730 y 850.

PONENTE:*Don Javier Hernández García.*

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don PABLO LLARENA CONDE
Doña CARMEN LAMELA DIAZ
Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 289/2024

Fecha de sentencia: 21/03/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2782/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/03/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia Madrid. Sala Civil y Penal

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2782/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 289/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de marzo de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 2782/2022, interpuesto por D. Onesimo , representado por la procuradora D^a. Amalia Aznar Santos, bajo la dirección letrada de D^a. Nora Elena Ramírez Cruz, contra la sentencia n.º 72/2022 de fecha 22 de febrero de 2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 664/2021 de fecha 28 de octubre de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda en el Procedimiento Sumario ordinario 987/2020, procedente del Juzgado de Instrucción num. 4 de Collado Villalba.

Interviene el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Collado Villaba incoó Procedimiento Sumario ordinario núm. 594/2018 por un delito de abuso sexual, contra Onesimo; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid,

cuya Sección segunda, (SU 987/2020) dictó Sentencia en fecha 28 de octubre de 2021 que contiene los siguientes hechos probados:

"Son Hechos Probados y así se declara que sobre las 3:30 horas del día 30 de septiembre de 2018, cuando el procesado Onesimo, mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia en esta causa, prestaba servicio como conductor, del taxi matrícula YXH, recogió a Estrella, en la calle Paradinas de Madrid, para llevarla a su domicilio de DIRECCION000 en Collado Villalba, sentándose la pasajera en el asiento delantero del copiloto. Iniciado el trayecto, el acusado entabló conversación con la joven r y con ánimo de satisfacer sus instintos sexuales puso su mano derecha en la pierna izquierda de ella, que retiró la pasajera, diciéndole que no quería hablar y que iba a descansar, fingiendo dormirse y conectando la cámara de su móvil para grabar; sintiendo que pasados unos minutos el procesado, puso de nuevo la mano en su pierna izquierda y continuó tocándole sus muslos, por encima y por debajo del vestido, tocándole la vagina por dentro de la ropa interior, y metiéndole sus dedos, parando el vehículo el procesado, para masturbarse. La joven hizo como que se despertaba, y molesto el acusado reanudó la marcha mientras seguía tocándola, preguntándole ella cuánto quedaba para llegar y' circulando el procesado hasta llegar a las inmediaciones del domicilio; momento en que se abalanzó sobre ella chupándola el cuello y tocándola el pecho, zafándose la joven que se bajó del coche y se dirigió apresuradamente hacia su domicilio para llamar al telefonillo de la casa; siéndole franqueada la puerta por la dueña de la casa donde vivía y marchándose el procesado en su taxi.

Como consecuencia de los hechos sufrió lesiones consistentes en hematoma de color rojizo-violáceo, de 2 cm de diámetro, en región lateral izquierda del cuello y hematoma, de color rojizo violáceo, de 1 cm de diámetro en región lateral derecho del cuello, que han precisado para su sanidad una primera asistencia facultativa, sin tratamiento médico ni quirúrgico y tardando en curar 7 días.

La denunciante no reclama indemnización."

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Onesimo, como responsable en concepto de autor de un delito de abusos sexuales, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO años de prisión, con su accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la de prohibición de aproximación a menos de 300 metros de distancia de la víctima, de su persona, domicilio, lugar o centro de estudios o trabajo y a cualquier otro que sea .1 frecuentado por ella, así como comunicarse con la misma por cualquier medio por plazo de CUATRO años

Procede asimismo imponer al condenado la medida de libertad vigilada, a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad, con una de duración de CUATRO años, con la obligación de participar en programas de educación sexual.

Procede la imposición del pago de las costas procesales

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación del que conocerá la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y que deberá ser interpuesto ante esta Audiencia en el plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación."

Tercero.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Onesimo; dictándose sentencia núm. 72/2022 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Madrid en fecha 22 de febrero de 2022, en el Rollo de Apelación 39/2022, cuyo Fallo es el siguiente:

"Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Onesimo contra la sentencia de fecha 28/10/2021, dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Madrid en el procedimiento sumario 987/2020, sin imposición de las costas de esta alzada, que se declaran de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que, contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado, de conformidad con el art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta sentencia."

Cuarto.

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

Quinto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. Por infracción de precepto constitucional 24.2, en relación con el art. 5.4 de la L.O.P.J., y el art. 852 LECrim, por vulneración del principio in dubio pro reo.

Motivo segundo. Por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por la indebida aplicación del tipo y conceptos del art. 181.1 y 4 del Código Penal.

Motivo tercero. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850 LECrim.

Sexto.

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión, y subsidiariamente su desestimación. La sala lo admitió.

Séptimo.

Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, se da traslado al recurrente para que adapte si lo estima procedente los motivos alegados, y posteriormente al Ministerio Fiscal por si interesan presentar alegaciones, con el resultado que obra en autos.

Octavo.

Por providencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2023 se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 20 de marzo de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero (*Tercero en el orden propuesto por la parte*), al amparo del artículo 850 LECrim, por quebrantamiento de forma: indebida denegación de medios de prueba

1. El motivo, con alcance rescindente, denuncia, por un lado, que se denegara la declaración en juicio de la denunciante Sra. Estrella, y, por otro, que no se practicara la testifical propuesta y admitida de la persona que escuchó de aquella, cuando llegó al domicilio donde residía, la expresión en inglés traducida como "me han violado". Considera, con relación al primero de los gravámenes, que la denegación de la prueba no está justificada pues no concurría óbice alguno que impidiera que la testigo compareciera a la vista oral pues visita con frecuencia España. Declaración plenaria que resultaba necesaria a la vista de las importantes contradicciones en las que la testigo incurrió en sus sucesivas manifestaciones con relación a la ingesta de alcohol o al hecho de que hubiera mantenido relaciones sexuales con terceras personas.

2. La pretensión rescindente no puede ser acogida.

Es cierto, no obstante, que el derecho a la práctica de la prueba se extiende también a que la misma se practique del modo que, previsto en la ley, optimice mejor las finalidades defensivas que justifican su propuesta. No puede obviarse que las condiciones de práctica del medio de prueba determinan en buena medida la información obtenida. Tampoco cuestionamos que no es lo mismo la producción plenaria de la información, bajo el control y la intermediación del tribunal llamado a valorarla - STC 2/2010- que la introducción en el cuadro de prueba de una información obtenida en otras fases del proceso, en diferentes condiciones contradictorias y, en ocasiones, bajo presupuestos cognitivos, relacionados con el objeto procesal, distintos. La información sumarial abocada al plenario por la vía del artículo 730 LECrim no es siempre igual ni tan siquiera equivalente, desde luego, a la que pudiera derivarse de la prueba testifical genuinamente plenaria. Cabe insistir, una vez más, que la vía del artículo 730 LECrim constituye un medio subrogado de acceso a determinada información protoprobatoria que, dadas sus condiciones cualificadas de producción contradictoria en la fase previa, los factores que impiden o dificultan que el testigo comparezca en el juicio y la necesidad de su expresa invocación e introducción plenaria, puede adquirir, excepcionalmente, valor probatorio -vid. por todas, SSTC 12/2002, 58/2013-.

Debe recordarse que, a salvo con relación a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, ni la Directiva 2012/29 ni el Estatuto de la Víctima aprobado por la Ley 4/2015 ni las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contemplan, como medida específica de protección, incluso respecto a afirmadas víctimas que hayan podido sufrir un nivel de grave victimización, fórmulas que disculpen preceptivamente de la necesidad de declarar en la fase del juicio oral, sin perjuicio de modulaciones o ajustes victimológicos en su forma de producción plenaria. Ello supone la obligación de evaluar caso a caso si concurre una causa que justifique desplazar la regla general de práctica en el juicio oral.

3. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con relación a la posibilidad convencional de que ante la incomparecencia de testigos mayores de edad al acto del juicio puedan aprovecharse informaciones prestadas en otras fases del proceso, ha recordado que, como regla general ex artículo 6.3 CEDH, todas las pruebas deben practicarse en una audiencia pública, en presencia del acusado y en condiciones defensivas contradictorias. No obstante, también ha reconocido excepciones a este principio, considerando que el uso como prueba de declaraciones obtenidas en la etapa de la investigación previa no es en sí mismo incompatible con el derecho a un juicio justo garantizado por el Convenio, siempre que se hayan respetado los derechos de defensa y la causa de la no comparecencia en el juicio sea de suficiente entidad. Y ello sin perjuicio, además, de comprobar si existieron suficientes contrapesos defensivos que permitan una evaluación justa y adecuada de la confiabilidad de esa información testifical obtenida en etapas previas a la del juicio -vid. por todas, STEDH (Gran Sala), caso Schatschaschwili c. Alemania, de 15 de diciembre de 2015-.

4. En este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dedicado una especial atención a los supuestos de incomparecencia de testigos en procesos por delitos contra la libertad sexual. En estos casos, el Tribunal reclama que a la hora de evaluar la cuestión de si un acusado ha contado o no con un juicio justo se tome cuenta el derecho de las presuntas víctimas al respeto de la vida privada pues, con frecuencia, en este tipo de procesos aquellas se encuentran en un estado psicológico frágil. En esa medida, las autoridades de investigación vienen obligadas a prestarles singular atención. En especial, cuando se trate de recabar su testimonio y confrontarlo con sus presuntos agresores. Este balance ha comportado que el Tribunal de Estrasburgo acepte que en los procesos penales relacionados con el abuso o la violencia sexual se puedan tomar ciertas medidas con el fin de proteger a la víctima -entre otras, su incomparecencia a juicio- siempre que concurren serias razones y puedan conciliarse con un ejercicio adecuado y efectivo de los derechos de defensa -vid. SSTEDH, caso Aigner c. Austria, de 10.8.2012; caso Przydzial c. Polonia, de 24 de mayo de 2016; caso Dimitrov y Momin c. Bulgaria, de 7 de junio de 2018-.

5. En el caso, ciertamente, la activación del mecanismo de preconstitución probatoria en la fase previa no suponía cerrar, por sí y sin ninguna otra evaluación de los presupuestos impeditivos, la práctica plenaria de la testifical. La no excesivamente afortunada fórmula empleada en el artículo 448.1 LECrim debe ser interpretada en el sentido de que es al tribunal competente para decidir sobre la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes al que le corresponde evaluar, a la luz del artículo 730 LECrim, qué causas impiden la producción de un determinado medio de prueba en el acto del juicio oral.

La presencia, o no, del testigo mayor de edad en el plenario no puede hacerse depender de que en la fase instructora este manifieste su " imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional". Ciertamente, dicha manifestación, valorada, en todo caso, por el Juez de Instrucción, puede justificar que se active el incidente de la preconstitución con la finalidad de preservar la información testifical en condiciones que, ante la hipotética imposibilidad o grave dificultad de producción plenaria, permitan su introducción en el cuadro de prueba y su valoración por el tribunal. Es una actuación basada en la prudencia que puede servir, a la postre, para garantizar la eficacia del proceso ante riesgos sobrevenidos de incomparecencia de los testigos.

Pero, insistimos, la preconstitución en fase instructora de testificales prestadas por personas mayores de edad no ocluye, sin más, la necesidad de práctica plenaria de la prueba si se revela posteriormente que no concurre ningún óbice que lo impida.

No puede sostenerse que el simple dato de la residencia del testigo en el extranjero permita desplazar la regla general de producción plenaria. En particular, cuando la persona llamada a testificar es residente en la Unión Europea y se disponen de datos contrastados de identidad y domicilio en su País de residencia que permitan su fácil localización o, en su caso, citación o activación de otras fórmulas de comparecencia a distancia mediante el uso de nuevas tecnológicas. La Unión Europea, como espacio común de Libertad, Seguridad y Justicia, en los términos precisados en sus tratados constitutivos, se ha dotado de eficaces instrumentos de cooperación interestatales -muy en particular, la Orden Europea de Investigación- que no pueden ser desconocidos a la hora de evaluar cuándo puede prescindirse de la práctica plenaria de la prueba y activarse, en consecuencia, el mecanismo subrogado del artículo 730 LECrim.

6. En el caso, el auto mediante el que la sala de instancia inadmite la citación a juicio de la testigo Sra. Estrella, solicitada por el ahora recurrente, se limita a señalar que aquella prestó declaración en condiciones preconstitutivas en la fase instructora. Razón que, como anticipábamos, no presta justificación suficiente a lo decidido.

Ahora bien, a la luz de las singulares circunstancias del caso, la denegación de la práctica plenaria del medio propuesto no se ha traducido en una situación de franca o irreductible indefensión ni ha supuesto, tampoco, que el aprovechamiento probatorio del contenido de la diligencia preconstituida suponga una vulneración de las reglas del derecho al proceso justo y equitativo.

Debe llamarse la atención de que el recurrente ni protestó la denegación al inicio de la sesión del juicio celebrado en la instancia [sin que el formato de Sumario Ordinario lo hubiera impedido, como se desliza en el recurso de apelación, de conformidad a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal sobre la traslación del trámite de la audiencia previa contemplada en el artículo 786.2 LECrim a dicho modo procedimental -vid. 1060/2006, de 11 de octubre; 872/2008, de 27 de noviembre; 1004/2021, de 17 de diciembre. Doctrina del Tribunal Supremo validada por la STC 12/2011-]. Ni, tampoco, reprodujo su pretensión probatoria en segunda instancia, como venía obligado ex artículo 790.2 LECrim, ni formuló, tan siquiera, un específico motivo apelativo fundado en la vulneración de garantías procesales.

Es obvio, por tanto, que el hoy recurrente aceptó la fórmula subrogada prevista en el artículo 730 LECrim, de introducción de la declaración prestada por la testigo Sra. Estrella en el cuadro de prueba, neutralizando, con ello, todo posible efecto indefensión.

Como nos recuerda el Tribunal Constitucional -vid. STC 278/2007- " no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución . Ello solo se producirá cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella".

7. Como anticipábamos, el aprovechamiento probatorio, en el caso, no ha comprometido el principio de integridad del proceso. En los términos precisados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para afirmar la lesión del artículo 6.3 d) CEDH en supuestos de prueba testifical, no basta con que se identifique una infracción de las reglas de producción contradictoria en un momento determinado del proceso. Debe también evaluarse si, pese a ello, la persona acusada ha tenido oportunidad en otros momentos del proceso de participar en la producción de la prueba testifical mediante el interrogatorio defensivo -vid. SSTEDH, caso Luca contra Italia, de 27 de febrero de 2001; caso S.N contra Suecia de dos de julio de 2002; caso Karpenko contra Rusia de 12 de marzo de 2012; caso, de Gran Sala, Al- Khawaja y otros contra Reino Unido, de 15 de noviembre de 2012; caso, de Gran Sala, Schatschaschwili contra Alemania, de 15 de diciembre de 2015; caso de Gran Sala, S.M c. Croacia, de 25 de junio de 2020-.

8. En el supuesto que nos ocupa, la testigo principal prestó declaración en fase previa en adecuadas condiciones contradictorias y defensivas, con pleno respeto a las garantías de producción previstas en el artículo 448 LECrim. Sin que se precise por el recurrente qué otras informaciones incriminatorias que, provenientes de la afirmada víctima, pudieron "escapar" del control contradictorio al momento de su preconstitución. En qué medida la no práctica de la prueba plenaria pudo, a la postre, reducir sus expectativas defensivas, argumentando, por ejemplo, que la información que sobre el hecho justiciable podía disponer en el momento de la declaración de la Sra. Estrella resultaba insuficiente para alcanzar niveles de contradicción efectiva en el interrogatorio.

9. Por lo que se refiere a la no práctica de la prueba admitida relativa a un testigo propuesto por la defensa, tampoco es posible reconocer el gravamen. Ni se solicitó la suspensión del juicio en la instancia ni se propuso la práctica del medio probatorio en apelación lo que impide pretender la nulidad del juicio por lesión del derecho a la prueba en esta instancia casacional.

Segundo motivo (Primero en el orden propuesto por la parte) al amparo del artículo 852 LECrim , por infracción de precepto constitucional: vulneración del principio in dubio pro reo (sic)

10. El motivo se desarrolla sobre un eje argumental principal: la versión ofrecida por la Sra. Estrella resulta contradictoria en extremos tan relevantes como los relativos a la ingesta alcohólica o al hecho de que mantuviera relaciones sexuales con otros hombres esa noche. Además, carece de datos objetivos de corroboración y presenta sugestivos indicadores de concurrencia de causa espuria como sería la intención de liberarse de pagar el importe de la carrera del taxi que ascendía a 50 euros. Versión inveraz que contrasta con la firme y coherente versión del recurrente relativa a que los tocamientos sexuales contaron siempre con el beneplácito de la denunciante. Contexto de pleno consentimiento que coliga, además, con su conducta amable y responsable demostrada a lo largo de los veinte años que ejerce la profesión de taxista y con su propia actitud vital como padre de familia.

El recurrente, se afirma en el recurso, " se arrepiente profundamente, pidió perdón en el juicio oral y lo pide hoy, jamás imaginó que lo sucedido en la noche de los hechos, le destrozaran la vida de la manera que lo ha hecho. No entiende por qué la denunciante no le manifestó en su idioma o de la forma que fuese que se sentía atacada, si él hubiese percibido de alguna forma que ella se sentía abusada o incómoda por lo menos, hubiese parado en el acto" (sic). Las grabaciones aportadas captan un fragmento de un minuto y cincuentaiocho segundos cuyas imágenes muestran, efectivamente, que el recurrente toca a la Sra. Estrella en su zona pública. Pero, al tiempo, no captan su negativa o rechazo. Lo que debe ponerse en relación con los informes periciales que descartan daños psicológicos o secuelas derivadas de la situación de abuso que se afirma sufrida.

La evidente insuficiencia acreditativa de la que adolece la prueba de cargo debe conducir, en opinión del recurrente, a la revocación de la sentencia recurrida y a dictar en esta instancia casacional una sentencia absolutoria.

11. El motivo nos impone, en atención al alcance pretendido, diferentes planos de control que van desde la verificación de la validez constitucional y legal de las pruebas practicadas y la consistencia de los razonamientos probatorios. Determinando, por un lado, si las razones por las que se atribuye valor a las informaciones probatorias responden a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico -vid. SSTS 617/2013, 310/2019- Y, por otro, si el método valorativo empleado se ajusta a las exigencias constitucionales de completitud y de expresa identificación en la sentencia de los criterios de atribución de valor con relación, primero, a cada uno de los medios de prueba practicados y, segundo, al cuadro probatorio observado en su conjunto, tal como exige el Tribunal Constitucional -vid. 340/2006, 105/2016- y esta propia Sala -vid. entre muchas, SSTS 544/2015, 822/2015, 474/2016, 447/2021-.

Si bien, debemos precisar que esta función de control y de verificación no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que se plantea el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria- no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia - vid. por todas, STS 682/2020, de 11 de diciembre-.

De tal modo, el espacio del control casacional se reconfigura. En especial, cuando se invoca lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación se contrae al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia de revisión que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior -vid STC 184/2013-.

El control casacional en esta tercera instancia muy debilitada es, por ello, más normativo que conformador del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

12. Partiendo de lo anterior, el motivo debe ser desestimado. Y ello porque consideramos que la conclusión de culpabilidad a la que llegó el tribunal de instancia, y que convalidó el Tribunal Superior, se basó en prueba suficiente, racionalmente valorada.

13. En efecto, cuando la prueba del hecho justiciable depende de manera esencial del testimonio de la persona que afirma haber sido víctima, la información aportada por esta debe someterse a un exigente test que permita medir su calidad reconstructiva.

Exigencia que no puede ceder a ninguna tentación funcionalista ni, desde luego, a difusos planteamientos anticognitivos que atribuyen una suerte de potestad performativa de la realidad a quien afirma ser víctima de un hecho delictivo.

La afirmada víctima puede, sin duda, disponer de mayor cantidad de información. Incluso, de la única información directa disponible de lo que pudo acontecer. Pero esta posición cognitiva "prima facie" aventajada no supone ni que la información pueda o deba resultar en todo caso suficiente para reconstruir el hecho acusado y la participación en el mismo de la persona acusada ni, tampoco, que pueda o deba resultar en todo caso creíble o fiable.

Precisamente, la naturaleza muchas veces primaria de la información que transmite el testigo que afirma haber sido victimizado es lo que obliga a un mayor esfuerzo de indagación por aquellos que tienen la carga de probar los hechos sobre los que se fundan sus pretensiones de condena.

La información transmitida por un testigo debe ser objeto, por tanto, de una atribución de valor reconstructivo. Para ello, deben identificarse elementos contextuales tales como las circunstancias psicofísicas y psico-socio-culturales en las que se desenvuelve el testigo; las relaciones que le vinculaban con la persona acusada; el grado de compatibilidad de la versión ofrecida con lo que desde la experiencia resulte posible; la existencia de corroboraciones objetivas periféricas y de las causas que, en su caso, impiden dicha corroboración; la persistencia en la voluntad inculpativa; la constancia en la narración de los hechos y la correlativa ausencia de modificaciones o alteraciones en lo que se describe; la concreción o la genericidad del relato atendiendo a la potencialidad de precisión que puede presumirse en el testigo a la luz de las circunstancias concretas; la coherencia interna y externa del relato, en particular su compatibilidad "fenomenológica" con otros hechos o circunstancias espacio-temporales que hayan quedado acreditadas por otros medios de prueba. Pero no solo. Ha de validarse, también, la metodología empleada para obtener la información.

La narración ofrecida por el testigo en el proceso es, simplemente, información probatoria resultante de un procedimiento probatorio. No es, desde luego, la prueba del hecho. Esta es el resultado de una compleja operación de atribución de valor a las informaciones probatorias que el juez debe realizar aplicando reglas epistémicas de juicio, entre las que ocupa un lugar prioritario, la de presunción de inocencia.

14. En la valoración de la información testifical que resulta decisiva para fundar la condena, el tribunal viene obligado a ofrecer razones que hagan patente que la decisión no se basa en un juicio voluntarista que se limita a otorgar credibilidad al testigo. Aquellas deben patentar, además, que la información suministrada por este es altamente fiable.

Y creemos que la diferencia no es retórica. La atribución de valor probatorio reconstructivo a la información testifical no debe venir determinada solo por lo creíble que se considere a la persona que testifica sino por lo fiable que resulte la información que facilita.

En términos epistémicos resulta mucho más consecuente con las exigencias cognitivo-materiales derivadas de la presunción de inocencia como regla de juicio poner el acento en la fiabilidad de la información transmitida que en la credibilidad del testigo como atributo de valor personal - STC 75/2013, de 8 de abril-.

Lo fiable de la información hace referencia a las condiciones fenomenológicas de producción probable de lo relatado, mientras que lo creíble atiende más a un plano subjetivo, a que el testigo no ha mentado. Por lo tanto, más abierto a valoraciones y prejuicios de tipo culturalistas e intuitivistas. Lo primero -lo fiable- exige mayores cargas de justificación al juez que atribuye valor a la información. Lo segundo -lo creíble- favorece la utilización de fórmulas de justificación con menores cargas cognitivo-materiales. Con ello no queremos afirmar que la credibilidad personal del testigo sea un elemento ajeno a la valoración de la información suministrada. Pero sí destacar que en modo alguno la agota. No basta, por tanto, la presunción de que lo que afirma un testigo es verdadero, salvo prueba en contrario, para atribuir a lo narrado, sin mayores consideraciones, valor reconstructivo.

La fiabilidad, como elemento para otorgar valor reconstructivo a la información suministrada por un testigo, se nutre, en muy buena medida, del grado de compatibilidad de dicha información con el resultado que arrojan el resto de las pruebas que integran el cuadro probatorio plenario y las demás circunstancias contextuales que han quedado acreditadas.

De ahí que no quepa aplicar soluciones estandarizadas que obliguen a excluir la información testifical por la simple identificación de impersistencias o incoherencias actitudinales o tachas de credibilidad subjetiva en el testigo que la aporta. Algunas de estas tachas, en efecto, pueden ser de tanta entidad que neutralicen todo atisbo de credibilidad comprometiendo, también, la fiabilidad de la información transmitida hasta límites irreductibles. Otras, por contra, aun afectándola no neutralizan los rendimientos reconstructivos si al tiempo puede identificarse, y justificarse, un grado de compatibilidad corroborativa razonable con los resultados que arroja el cuadro de prueba observado y valorado en su conjunto.

Precisamente, la idea de cuadro, la necesidad de atender a un esquema en red de las aportaciones probatorias que se derivan de los diferentes medios penales practicados es lo que permite extraer valoraciones materiales y razones justificativas comunicables de tipo cognitivo. Lo que comporta la necesidad de emplear un exigente método holístico de valoración que, insistimos, no puede quedar reducido, en supuestos de cuadros probatorios complejos, a fórmulas estandarizadas.

Toda reconstrucción probatoria arroja sombras de dudas, espacios fácticos que resultan de imposible reproducción. Pero la cuestión esencial reside en determinar si dichas incertezas impiden a los jueces justificar de forma cognitiva considerar acreditada la hipótesis acusatoria. Ya sea por ausencia de prueba sobre elementos fácticos esenciales sobre los que aquella se apoya; porque los medios utilizados para ello vienen afectados de un racional déficit de habilidad reconstructiva: porque se acredite que lo relatado es subjetivamente inverosímil o porque, a la luz de las otras pruebas, resulta fenomenológicamente imposible o poco probable; o porque, de la valoración conjunta de todas las informaciones probatorias, se suscite una duda razonable.

15. Pues bien, en el caso, la sentencia de instancia, validada por la de apelación, desarrolla un notable esfuerzo analítico de todos los datos de prueba disponibles llegando a la conclusión de que la información primaria aportada por la testigo Sra. Estrella en la diligencia de preconstitución es altamente fiable.

El relato describe de manera precisa y coherente, descartando elementos intensificadores o hipercriminalizadores, no solo los tocamientos realizados por el recurrente con incuestionable finalidad sexual, sino la ausencia del mínimo atisbo de consentimiento desde el mismo momento en que se iniciaron.

Pero, además, la testigo ofreció razones que explicaban la estrategia adoptada: simular que dormía, al tiempo que activaba la cámara de su teléfono móvil, para evitar así tener que enfrentarse al agresor en circunstancias muy singulares e inciertas como, sin duda, lo eran ir dentro de un coche, a altas horas de madrugada, transitando por una ruta que desconocía y sin poder representarse las intenciones finales del conductor.

Razones que tanto al tribunal de instancia como al de apelación les resultaron absolutamente atendibles, descartando que de dicha estrategia pudiera decantarse una suerte de aceptación de los tocamientos que sobre sus partes íntimas le realizó el recurrente.

16. La prueba practicada también permite descartar déficits de atendibilidad que pudieran relacionarse con la previa ingesta de alcohol u otro tipo de sustancias tóxicas. Los análisis toxicológicos practicados arrojaron la presencia solo de un antidepresivo - floxetina- cuyo consumo no altera el curso del pensamiento ni la capacidad de recordar y narrar la experiencia vivida.

Por su parte, la sala de instancia reconstruye con precisión el contexto de producción, excluyendo muy razonablemente factores de incredulidad por la concurrencia de fines espurios o motivaciones secundarias. En particular, la apuntada por el recurrente de que mediante la denuncia se buscaba eludir el pago del importe al que ascendió la carrera del taxi.

17. Pero, además, junto a la consistencia interna del relato ofrecido por la Sra. Estrella, este goza de un nivel significativo de corroboración de la mano de informaciones probatorias de notable relevancia.

Entre estas, las imágenes grabadas con el teléfono móvil por la propia Sra. Estrella y que permiten, en efecto, constatar cómo el recurrente le realiza sucesivos tocamientos en la zona pública tanto por encima como por debajo de la ropa.

Es cierto, no obstante, que una videograbación, como todo documento que incorpora signos indiciales, capta solo un momento, un ángulo, una parte de toda la compleja realidad que envuelve la imagen captada. No siempre es posible decantar de las imágenes captadas un sentido objetivo y autoevidente. Entre otras razones porque además de lo que se plasma es también relevante lo que no se muestra. Toda imagen es, por tanto, potencialmente polisémica e implica una cadena flotante de significados posibles. De ahí la importancia, para su adecuada atribución de valor probatorio, conocer y analizar el contexto de producción del documento y atender, siempre, al conjunto de las informaciones probatorias disponibles.

18. Pues bien, en el caso, la sentencia recurrida atribuye, con acierto, a la grabación videográfica un alto grado de indiciación de que lo plasmado es un comportamiento de cosificación sexual no consentida. Y no solo por lo que se ve en los casi dos minutos de grabación, sino por lo que no se ve y, sobre todo, se escucha y no se escucha. La Sra. Estrella se limitó a preguntar cuánto faltaba para llegar al destino indicado sin que se identifique ningún signo, acto, expresión o conducta comunicativa por parte de aquella que sugiera consentimiento a lo que estaba aconteciendo.

Y, desde luego, no puede interpretarse como tal que no reaccionara durante el trayecto oponiéndose físicamente a los tocamientos del conductor del vehículo en marcha. Ya lo hizo cuando estos se iniciaron, separando la mano del recurrente de sus piernas, y lo volvió a hacer cuando este pretendió besarla en el cuello, una vez paró el vehículo en las inmediaciones del domicilio adonde se dirigía.

Las imágenes, aportadas como prueba documental, constituyen, atendido el contexto en que se grabaron y al resto de las informaciones de prueba disponibles, un indicio corroborativo de alta relevancia.

19. Pero no solo. La declaración de la testigo Sra. Sonsoles, la propietaria de la vivienda donde residía la Sra. Estrella en España, también aportó corroboraciones decisivas no tanto como testigo "auditio alieno" sino por lo que pudo percibir directamente. Esta precisó cómo Estrella, cuando llegó al domicilio sobre las 4.30 de la madrugada, presentaba un estado de máxima agitación emocional, llorando, muy asustada, estresada, balbuceando frases en inglés, entre otras, "he raped me" - me ha violado- que, si bien no comprendió en un primer momento, le fue traducida por su esposo que estaba presente.

Estado de intensa conmoción del todo compatible con lo acontecido, sin que pueda obviarse que instantes antes el recurrente se había abalanzado sobre Estrella llegando a besar su cuello, logrando esta zafarse y salir corriendo del vehículo.

Sobre el contenido referencial del testimonio de la Sra. Sonsoles, apuntar que este no queda invalidado porque fuera un tercero quien tradujera la expresión "he raped me" proferida por la Sra. Estrella. Es obvio que esta reiteró haber manifestado dicha expresión y que sobre la misma fue cuestionada en la declaración prestada en el Juzgado de Instrucción, relatando lo acontecido.

20. Por su parte, la prueba pericial también arrojó información corroborativa del relato inculpativo ofrecido por la Sra. Estrella. Muy en particular, la presencia de dos señales de sugilaciones en las caras lateral izquierda y derecha del cuello, compatibles con lo narrado por esta de que el recurrente se abalanzó besándola en dichas zonas. Sin que la ausencia de rastros biológicos provenientes del recurrente o la no presencia de signos de afectación emocional al hilo de la exploración forense a la que fue sometida la Sra. Estrella introduzcan sombras de dudas que puedan afectar a la fiabilidad de la información primaria.

La ausencia de material genético del recurrente se explica por la propia mecánica comisiva de los hechos. Y en cuanto a la no identificación de rasgos de afectación psíquica, tampoco constituye un dato significativo de merma de fiabilidad. Es cierto que la experiencia identifica que las víctimas que han sufrido episodios de agresión sexual presentan con frecuencia un patrón generalizado de labilidad y afectación emocional al cabo de los días. Pero, como bien precisaron los peritos en el acto del juicio, nunca puede prescindirse de los factores individuales que pueden explicar la concreta respuesta ante el hecho traumático. Lo más común no permite convertir a lo singular en razón sobre la que fundar una sospecha de mendacidad.

21. El saldo acreditativo de la hipótesis acusatoria que arroja el conjunto de los medios de prueba practicados es manifiestamente positivo. Lo que confirma la idea-fuerte relativa a que el cuadro probatorio no puede analizarse por trazos. Que los medios probatorios no conforman subsecuencias aisladas, debiendo ser abordados desde una unidad lógico-cognitiva. En un supuesto tan delicado como el que nos ocupa, el valor, la solidez, de la convicción del Tribunal depende, en buena medida, no de la hipertrófica asignación de valor reconstructivo a un medio probatorio concreto sino a la construcción de un discurso racional conformado por todos los medios de prueba. La fuerza acreditativa se anuda a la compatibilidad de los diferentes resultados, de su encaje, del valor añadido que respecto a cada uno de los medios producidos se desprende de la práctica de los otros medios de prueba. Y, en el caso, ese resultado acreditativo se ha alcanzado.

No hay lesión del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

Tercer motivo (Segundo en el orden propuesto por la parte), al amparo del artículo 849.1º LECrim , por infracción de ley: indebida aplicación del tipo del artículo 181. 1 y 4 CP (Texto de 2015)

22. El motivo nominalmente denuncia infracción de ley penal sustantiva, pero en su desarrollo argumental insiste en que los tocamientos fueron consentidos, sin que pueda calificarse de atendible la explicación ofrecida por la afirmada víctima de que se mantuvo en silencio por miedo a que el taxista pudiera reaccionar violentamente o dejarla tirada. Las imágenes grabadas no muestran ningún signo de desagrado e incluso, si se observan con detenimiento, puede apreciarse que la postura es relajada y las piernas están entreabiertas.

23. El motivo no puede prosperar. Cuando lo que se cuestiona es exclusivamente el juicio normativo debe hacerse desde el respeto a los hechos que se declaran probados. Estos identifican el punto de partida del razonamiento decisorio, delimitando el campo de juego del análisis casacional. Constituyen el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso. Lo que impide que por la vía del motivo por infracción de ley penal sustantiva se pretenda la revisión de lo declarado probado o se formule una suerte de hipótesis alternativa de producción fáctica desde la que cuestionar el juicio normativo -vid. por todas, STS 84/2024, de 25 de enero- .

24. Los hechos probados permiten identificar con toda claridad los elementos del tipo de abuso sexual con penetración del artículo 181.1 y 4 CP vigente al tiempo de los hechos.

Con relación a la ausencia de consentimiento debe recordarse que el no decir "no" en situaciones como la descrita no equivale, ni mucho menos, a consentimiento. Lo que, por otro lado, responde al mandato del artículo 36.2 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 10 de mayo de 2011, por el que se exige que " el consentimiento (sexual) debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes".

Ni hubo consentimiento ni el hoy recurrente, tal como se decanta de los hechos probados, contó con ninguna indicación mínimamente significativa que procedente de la Sra. Estrella le permitiera representarse su presencia.

Con su comportamiento limitó de forma relevante la libertad de autodeterminación de la víctima. Que se proyecta con absoluta e innegociable claridad en el derecho a decidir cuándo, cómo, con quién y a quién manifestar su sexualidad o sus deseos sexuales.

Incidente sobre la aplicación de la ley intermedia

25. Atendidos los respectivos marcos penales entre la ley penal aplicada y la intermedia -la introducida por la L.O 10/2022- esta no se presenta como ley penal más favorable. Ambas parten del mismo umbral mínimo de penalidad y, además, la intermedia incorpora penas novedosas de inhabilitación que agravarían la respuesta penal.

Juicio sobre costas

26. Procede, tal como previene el artículo 901 LECrim, la condena del recurrente al pago de las costas causadas por su recurso.

Cláusula de notificación

27. Tal como disponen los artículos 109 LECrim y 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento europeo y del Consejo sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Estrella, a cuyo fin deberán activarse los instrumentos correspondientes de cooperación.

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 del Sr. Onesimo contra la sentencia de 22 de febrero de 2022 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuya resolución confirmamos.

Condenamos al recurrente al pago de las costas judiciales.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.