

Id Cendoj: 28079120012008100263
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1931/2007
Nº de Resolución: 294/2008
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x AGRESIONES SEXUALES x
- x PROPOSICIÓN DE PRUEBA x
- x PROCEDIMIENTO DECLARACIÓN TESTIFICAL x
- x PRUEBA PERICIAL x
- x DECLARACIÓN DE TESTIGOS x
- x PRESUNCIÓN DE INOCENCIA x
- x DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA x
- x INDEFENSIÓN x
- x PRUEBA DE CARGO x
- x CARGA DE LA PRUEBA x

Resumen:

Delito contra la libertad sexual: agresión sexual. Prueba testifical propuesta al inicio juicio oral en un sumario ordinario: admisibilidad. Presunción inocencia: testimonio de la víctima.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Mayo de dos mil ocho.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuestos por Bruno, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª, que condenó al acusado, por un delito de agresión sexual; los 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Calleja García.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 18 de Madrid, instruyó sumario con el número 2 de 2005, contra Bruno, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección Primera, con fecha 27 de junio de 2007, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Que el día 14 de junio de 2006, el acusado Bruno mayor de edad y sin antecedentes penales salió para ir al cine con Felix y una tercera persona.

Después de esto, el acusado y Felix recorrieron varios locales en Madrid donde tomaron diversas consumiciones hasta que sobre las cinco horas cuando ambos iban andando por la zona del Museo de Cera procedieron a entrar en el parking sito en el citado inmueble, lugar donde el acusado, procedió a efectuar una felación a Felix, el cual se resistió, siendo agarrado fuertemente de los brazos por el acusado llegando a caer Felix al suelo, donde fue obligado por el acusado a hacerle al mismo otra felación.

Tras lo ocurrido, acusado y víctima salieron del lugar encaminándose a un hostel en el que no fueron admitidos, trasladándose luego ambos en un taxi al cuartel de Torrejón de Ardoz donde prestaba servicios

Felix, lugar donde al llegar y presentarse a su superior, el subteniente Jesus Miguel cayó desmayado.

A consecuencia de lo ocurrido, Felix sufrió un trastorno adaptativo por el que preciso asistencia psiquiátrica en régimen hospitalario durante una semana del que tardó en curarse completamente a los 60 días sin restarles secuelas.

En el momento de los hechos el acusado se encontraba bajo los efectos de una previa ingestión de alcohol que alteraba ligeramente sus facultades cognitivas y volitivas.

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

FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Bruno como responsable penalmente en concepto de autor de un delito de agresión sexual ya descrito, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica de embriaguez a la pena de seis años de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, al abono de las costas del presente juicio prohibición de aproximarse la persona del perjudicado a menos de 500 metros, tanto de su domicilio, como lugar de trabajo o comunicarse con él de por cualquier medio por tiempo de ocho años, debiendo indemnizar a Felix en la cantidad de seis mil ochocientos euros en concepto de daños morales.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, por Bruno, 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.- La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

PRIMERO.- Al amparo del *art. 24.1 CE* . y por vulneración del derecho a proponer prueba que se estime pertinente, *art. 24.2 CE* . al amparo de los *arts. 5.4 LOPJ* . y *art. 852 LECrim* .

SEGUNDO.- Al amparo del *art. 24.2 CE* . y *art. 5.4 LOPJ* . y en relación con el *art. 852 LECrim* .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día trece de mayo de dos mil ocho.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo primero al amparo del *art. 852 LECrim* . en relación con el *art. 5.4 LOPJ* . en orden al derecho fundamental a proponer los medios de prueba pertinentes para la defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva, *art. 24 CE* ., por haberse infringido el ejercicio de este Derecho; al no admitirse la prueba testifical de la persona que compartió con denunciante y denunciado la noche de copas, prueba que fue propuesta como cuestión previa, al inicio de la celebración del juicio oral, y ello habida cuenta de la imposibilidad de localizar a esta tercera persona y proponerla en debida forma, en el momento procesal oportuno, esto es el tramite de conclusiones provisionales.

Debemos recordar que la proposición de pruebas se halla sujeta a unos requisitos legales, cuyo incumplimiento puede determinar la inadmisión de las penas propuestas. Tales exigencias son de orden temporal, relativas al momento idóneo para la proposición; y de orden formal, que responden al cómo deben proponerse.

Respecto a las primeras, la prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales (*arts. 656, 781.1 y 784.2 LECrim* .), y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (*art. 786.2 de la citada Ley*), al igual que en el procedimiento ante el Tribunal de Jurado que admite la proposición de pruebas conjuntamente con el escrito de calificación (*art. 29.1 LOTJ* .) o en tramite de cuestiones previas (*art. 36.1 e LOTJ*).

Y en relación a las segundas las formalidades recogidas en el *art. 656 LECrim* .: designación nominal de testigos y peritos con expresión de sus domicilios o lugares donde puedan ser citados judicialmente.

Pues bien el juicio de admisión de pruebas debe iniciarse por la constatación del cumplimiento de tales requisitos. En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 52/98 precisa que "el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de someterse a los requisitos de tiempo y forma dispuestos por las Leyes procesales, de modo que cuando la inadmisión o el rechazo de los medios de prueba sea debido al incumplimiento por parte del interesado de dichas exigencias legales, la resolución que así lo acuerda no podrá reputarse lesiva del *art. 24.2 CE* .", y la STS. 28.1.94 , que "es condición sine qua non para reclamar el derecho a la prueba que ésta esté procesalmente propuesta en forma, lo que requiere, cuando de testigos se trata, identificarlos en forma precisa y señalar el lugar en que el Tribunal debe citarlos".

No obstante esta doctrina ha sido matizada, pues, como dice la STS. 1070/2004 de 24.9 , caso de que la proposición de pruebas, de plantee en forma defectuosa, ello no tiene que suponer inevitablemente la exclusión de la prueba propuesta. El incumplimiento de los requisitos estrictamente formales, debe procurar la aplicación por el Tribunal de la *regla contenida en el art. 11.3 de la LOPJ* ., procurando que la parte subsane el defecto en la proposición.

En similar la sentencia de 5.7.99 insiste: "en el supuesto de autos, el tribunal "a quo" no dió oportunidad al recurrente para subsanar el derecho de la pericia, o testifical, infringiendo el *art. 11.3 LOPJ* : En efecto, por un lado el *art. 656 LECrim* . no prevé como sanción procesal, para el incumplimiento de sus disposiciones, la pérdida del derecho a valerse de la prueba pericial o testifical. Por otro lado, la omisión del nombre y domicilio del perito (o testigo), es de carácter formal, y por lo tanto, la pretensión de la defensa no debía ser desestimada, sin antes dar la oportunidad de subsanar el defecto", y la STS. 107/2002 de 1.2 que reitera la anterior doctrina.

La doctrina constitucional al respecto resalta de todo punto uniforme. La STS. 36/97 de 27.2 , explica "según reiterada jurisprudencia constitucional el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consiste en el acceso a la jurisdicción, es decir, que un Tribunal resuelva en el fondo la controversia de derechos e intereses legítimos ante él planteada, salvo que se lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental; si bien la interpretación procesal del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio "pro actione" que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales (SSTC. 120/93, 40/96).

En consecuencia, cabe concluir respecto a la exigencia en el cumplimiento de los requisitos previstos en el *art. 656* que la omisión de alguna de las circunstancias que allí se exigen, en orden a la proposición de peritos y testigos, no puede acarrear de manera automática la inadmisión de la diligencia de prueba, sino que, el Tribunal debe advertir al proponente para que subsane el defecto advertido en un plazo razonable.

Respecto a las exigencias temporales el proceso penal como todo proceso que se integra por una relación ordenada de fases aparece regido por el principio de preclusión, tal principio no tiene un fin en si mismo, sino que tiene una naturaleza instrumental para permitir la sucesión de fases bajo los principios, entre otros, de igualdad e interdicción de la indefensión.

En los que se refiere a la proposición de pruebas, es claro que el momento previsto en lo que se refiere al sumario ordinario, está constituido por el escrito de conclusiones provisionales -*arts. 650 y 22* . y especialmente el *art. 728 LECrim* .- pero ello no ha sido entendido como tal interdicción de presentar prueba extramuros del escrito de calificación provisional.

En efecto, como recuerda la STS. 1060/2006 de 11.10 , una no ya reciente línea jurisprudencial abrió la posibilidad de proponer y admitir prueba con posterioridad al de calificación provisional y anterioridad al comienzo del Juicio oral, cuando existan razones justificadas para ello y siempre que concurren los requisitos -obvios- de que esta nueva proposición de pruebas no suponga un fraude procesal y no constituya un obstáculo al principio de contradicción e igualdad de partes (STS. 13.12.96), posibilidad admisible, por **ejemplo**, en los supuestos de que la parte concernida estime necesario proponer alguna prueba adicional no conocida o no accesible en el momento de la calificación.

En conclusión hay que declarar 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.

Se trata, se insiste, en la STS. 1060/2006 de 11.10 ya citada, de una línea jurisprudencial ya consolidada, y que de alguna manera quedó reforzada con la posibilidad legalmente admitida para el Procedimiento Abreviado tanto competencia del Juzgado de lo Penal como de la Audiencia Provincial de presentar prueba hasta el mismo momento del acto del Juicio Oral como expresamente permite el *art. 793-2º* de la LECriminal, actual *artículo 786 tras la reforma dada por la Ley 38/2002 de 24 de Octubre*, en el marco de la Audiencia Preliminar que precede al debate del Plenario.

En efecto, como recordaba la STS 60/1997 de 25 de Enero de 1999 :

"...El *art. 793-2º* de la LECriminal permite una controversia preliminar con la finalidad de acumular, en un sólo acto, diversas cuestiones que en el proceso común ordinario daban lugar a una serie de incidencias previas que dilataban la entrada en el verdadero debate que no es otro que el que surge en el momento del Juicio Oral, acentuado de esta manera los principios de concentración y oralidad. Según se desprende del tenor del artículo, esta Audiencia Preliminar puede versar sobre:

- a) Competencia del órgano judicial.
- b) Vulneración de algún derecho fundamental.
- c) Existencia de artículos de previo pronunciamiento.
- d) Causas de suspensión del Juicio Oral.
- e) Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto para practicarse en las sesiones del Juicio Oral....".

Es decir, en el Procedimiento Abreviado no sigue el principio de preclusión en cuanto a la proposición de prueba, cuyo periodo se inicia con el escrito de calificación provisional y llega hasta el mismo momento del inicio del Plenario con la única limitación respecto de esta última, que puedan practicarse en el acto del Plenario.

Sobre si ésta posibilidad es aplicable al sumario ordinario, la STS. 94/2007 de 14.2 , insiste en dar una respuesta positiva, y ello por las siguientes razones:

a) Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico; sería un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, oralidad y en definitiva un incremento de las garantías no puede extenderse al Procedimiento por sumario, cuya regulación se mantiene en este aspecto desde la promulgación de la LECriminal en la *Ley con fecha de 14 de Septiembre de 1882* .

b) Porque precisamente, el mandato *constitucional contenido en el art. 120-3º* de que el Procedimiento --sobre todo en material criminal-- será predominante oral tiene una mayor realización y amplitud, precisamente en la Audiencia Preliminar que se comenta.

c) Porque, en fin, esta línea proclive a extender la Audiencia Preliminar al Procedimiento Ordinario Sumario, que la práctica judicial lo ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala como lo acredita, entre otras, las SSTS de 10 de Octubre de 2001 ó la 2/98 de **29** de Julio, en las que se estimó como correcta la actuación del Tribunal de instancia que en procedimientos de Sumario abrió un debate sobre la nulidad de determinadas pruebas suscitadas, en este trámite, por las defensas. Obviamente, si se admite la validez de la Audiencia Preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, es claro que también debe aceptarse que en el ámbito de dicho acto, se puede proponer nueva prueba.

En definitiva como se lee en la STS. De 29.9.98 : "al margen de lo que sea buena fe procesal, las

pruebas anunciadas al inicio de las sesiones aún permiten a las demás partes un efectivo uso del derecho y principio de contradicción, ya que sobre las mismas pueden interrogar a acusados, testigos, peritos etc... e incluso proponer otras que las desvirtúen".

SEGUNDO: En el caso presente un examen de las actuaciones, permisible vía *art. 849 LECrim* . permite constatar que, al inicio del juicio oral, la defensa, como cuestión previa, propuso un nuevo testigo, al que no había podido localizar antes y desconocía sus datos, al amparo del *art. 729 LECrim* .

El Ministerio Fiscal se opuso al no ser dicho precepto extensible al sumario.

Por parte de la Presidente de la Sala se pregunto a la defensa sobre que tipo de persona era el testigo, respondiendo que era "la ultima persona con la que ambas partes estuvieron tomando una copa".

La Sala no admitió la prueba con un doble argumento: por no estar previsto en la LECrim. Y no ser el momento procesal oportuno y porque que la propia defensa reconoció que no fue testigo presencial de los hechos que se estaban enjuiciando.

La defensa formuló su protesta.

Pues bien conforme a la doctrina expuesta en el Fundamento Jurídico precedente el primer argumento podría ser insuficiente, aunque cuando se trata de la denegación de una prueba testifical es necesario dejar constancia formal de la protesta, en momento procesal oportuno y hacer constar las preguntas, siquiera sea de modo sucinto, que quien la propuso pretendía dirigir al testigo, consignando los extremos de dicho interrogatorio.

La protesta tiene por finalidad plantear ante el Tribunal que acordó la denegación de la prueba o en su caso denegó la prueba o en su caso denegó la suspensión, la proporcionalidad de la decisión adoptada teniendo en cuenta, nuevamente, los intereses en conflicto desde la protesta de la parte que la propuso, manifestando así su no acatamiento a la decisión adoptada, al tiempo que proporciona criterios que permiten el replanteamiento de la decisión.

La consignación de los extremos del interrogatorio al testigo tiene por finalidad, primero, que el tribunal de enjuiciamiento y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta respecto del fallo de la sentencia (SSTC. 116/83 de 7.12, 51/90 de 26.3 , SSTS. 28.12.91, 14.11.92, 11.9.98). Si bien este requisito no juega con la misma intensidad en unos casos y otros, pues dependerá de las circunstancias concurrentes de las que puedan deducirse las preguntas que se pretendían realizar al testigo y consecuentemente la valoración de la decisión judicial (SSTS. 136/2000 de 31.1, 1653/2000 de 26.10, 609/2003 de 7.5, 1259/2004 de 21.12).

En el caso actual de la lectura del acta solo consta que ante la denegación de la prueba testifical propuesta al inicio del juicio oral, como cuestión previa, la defensa si bien formuló protesta, no pidió que se consignasen las preguntas que se proponía formular al testigo, con el fin de poder valorar su trascendencia. Incumplimiento formal que -según STS. 4.1.2003 - ya justificaría la inadmisión del motivo.

TERCERO: No obstante, como algunas resoluciones de esta Sala -por **ejemplo** SS. 20.9.2005, 21.1.93, 21.4.89), han cuestionado la exigencia de estos requisitos previos de no hacer constar la protesta o el contenido de las preguntas que se pretendían formular, se va imponiendo al criterio de que si no hay razones fundamentadas que se opongan a la comparecencia de los testigos durante el plenario, el respeto a las partes y el respeto a la justicia eficaz y eficiente sin indefensión que la Constitución proclama exige que la contradicción, la publicidad y la oralidad se impongan frente a cualquier irregularidad formal en el proceso y la omisión de estos requisitos no impedirá, sin embargo, el análisis del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprende fácilmente de su propia naturaleza y características.

Ahora bien, aunque se prescindieran de estos requisitos o exigencias formales habría que constatar si concurren los materiales o de fondo, que podemos concretar en:

1- que la prueba sea necesaria en el doble sentido de su relevancia y su no redundancia es decir que tenga utilidad para los intereses de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión (STS 5.3.99).

2- que sea relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del Fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, SSTS. 24.5.2002, 10.12.2001, o como dice la STS.29.1.93 en la práctica "habría que evaluar cada caso

teniendo en cuenta el resto del material probatorio de que dispuso y la incidencia que la prueba denegada tuviese en la formación de la convicción del órgano decisor para configurar la resolución definitiva del proceso".

En efecto, es doctrina jurisprudencial reiterada que "la formulación en tiempo y forma de una proposición de prueba no es bastante, aun siendo necesario, para originar en caso de inadmisión, el quebrantamiento de forma que se denuncia. Es preciso además que la prueba merezca la calificación de «pertinente». Como ha recordado esta Sala en Sentencia de 16 de abril de 1998, la constitucionalidad, por virtud del *artículo 24* de la Constitución Española del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas «rechazando las demás» (*artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11). No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, a suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecen la calificación de "pertinentes", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales". Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: «pertinencia» es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye «*thema decidendi*»; «relevancia» existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta.

En resumen, este motivo de casación no trata de resolver denegaciones formales de prueba, sino que es preciso que tal denegación haya producido indefensión, de manera que el motivo exige "demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas y de otro lado debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso a quo podría haber sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia (SSTS. 104/2002 de 29.1, 1217/2003 de 29.9, 474/2004 de 13.4).

En el caso presente, con independencia de que la defensa, al proponer la prueba de este testigo al inicio del juicio oral, no facilitó su identidad, no justificó la imposibilidad de su localización anterior y ni siquiera si estaba o no a disposición del Tribunal, lo cierto es que, según la propia defensa, su actuación se limitó a estar con las partes tomando una copa, pero no presencié los hechos sucedidos en el aparcamiento en un momento posterior, fácil es constatar que al no existir esa relación directa con los hechos enjuiciados, con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo, su testimonio no hubiera tenido aptitud ni potencialidad para modificar de forma importante el sentido del fallo, de modo que su omisión no se ha causada indefensión, no habiéndose producido la infracción de los derechos fundamentales denunciada.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

CUARTO: El motivo segundo al amparo del *art. 852 LECrim*. En relación con el *art. 5.4 LOPJ*. Por infracción de precepto constitucional por vulneración del *art. 24.2 CE*., derecho fundamental a la presunción de inocencia, al ser la prueba de cargo de que se ha valido la sentencia; el testimonio del denunciante, incoherente y plagado de contradicciones, revelador de un comportamiento extraño e insuficiente para la desvirtuación de aquél derecho fundamental.

Como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 753/2007 de 2.10, 672/2007 de 19.7 , cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (*art. 9.1 CE*), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por **ejemplo**, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la reciente STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, *art. 24.2 CE* . "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el *art. 117.3 CE* . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la practica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94m, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006).

QUINTO: En efecto la valoración de la prueba una vez considerada como prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto es por su practica en condiciones de regularidad y bajo los principios de inmediación, oralidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases.

- a) La percepción sensorial de la prueba.
- b) Su estructura racional.

La primera está regida por la inmediación, por la presencia del Tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atento, por tanto, a lo que en el juicio se ha dicho y al contenido de la inmediación, la seguridad que transmite el compareciente e, incluso, las reacciones que provoca esa comparecencia y declaración.

La segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido, incorporando a esa percepción los criterios de la ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción.

Dejando aparte, por tanto, la percepción sensorial inmediata de la actividad probatoria, el segundo apartado antes enunciado puede ser objeto de control por el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción sensorial.

Así, la valoración de la prueba, en cuanto comporta un análisis racional de la misma y las deducciones que sobre la culpabilidad y la inocencia se expresa, puede ser objeto de control del órgano jurisdiccional superior comprobando si dicho análisis es racional porque se ha aplicado correctamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia. Otro tanto cabe señalar respecto a las inferencias de unos hechos objetivos a los que se asocian criterios de lógica que, por ello, pueden ser revisados por un órgano jurisdiccional encargado de la impugnación.

En este sentido la STS. 1507/2005 de 9.12 , establece que: "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. 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".

Es decir, la garantía de inmediación y también las de publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos. En cuanto garantías institucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena cuando el mismo consista, no en volver a valorar las pruebas y en su caso, a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo, la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena. "Regalos entre las que se encuentran ,desde luego todas las que rigen el proceso penal y la configuran como un proceso justo, con todas las garantías, las que inspiran el principio de presunción de inocencia y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado" (STC. 123/2005 de 12.5).

La íntima convicción, la conciencia del Juez en la fijación de los hechos no puede conformarse al margen de las reglas de la experiencia y de la necesidad de exteriorización. El porqué se cree a un testigo o porqué se descarta un testimonio no puede convertirse en un ejercicio de decisionismo judicial no controlable y menos aun puede hacerse sin identificar el cuadro probatorio completo o seccionando de forma selectiva una parte del mismo, omitiendo toda información y valoración crítica del resto de los elementos que lo componen.

En efecto, la valoración fraccionada del cuadro probatorio debilita sensiblemente, el grado, primero, de racionalidad de la misma, y, segundo, la conclusividad de las premisas probatorias que se utilizan para la formulación del hecho probado.

Por ello, la fuerza acreditativa del testimonio, aún directo, que se utiliza como única fuente de la convicción judicial reclama no solo identificar los criterios de credibilidad objetiva y subjetiva que concurrían, sino también explicitar las razones por las cuales no se creyó el testimonio de los otros testigos que depusieron en el plenario, afirmando hechos contrarios o excluyentes.

SEXTO: Siendo así, es cierto que la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS. 706/2000, 313/2002, 339/2007), como del Tribunal Constitucional (SS. 201/89, 173/90, 229/91), pero ello no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador.

Así el Tribunal Supremo parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuidos a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

Así la sentencia Tribunal Supremo 30-1-99 destaca que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por sí solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (SS. 28-1 y 15-12-95), bien entendido que cuando es la única prueba de cargo exige - como ha dicho la s. T.S. 29-4-97 - una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran en la causa, precisando la s. T.S. 29-4-99 con que no basta la mera afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, ya afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y esta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

Precisamente este entendimiento de la doctrina constitucional es lo que ha llevado al Tribunal Supremo cumpliendo su función nomofiláctica que no puede excluir de su campo de influencia una parcela tan primordial en el enjuiciamiento penal como es la de la valoración probatoria, a señalar en una reiterada jurisprudencia, cuales son los tres parámetros mínimos de contraste a los efectos de la valoración racional de la declaración del denunciante como prueba de cargo (SS. TS. 28-9-88, 5-6-92, 8-11-94, 11-10-95, 15-4-96, 30-9-98, 22-4-99, 26-4-2000, 18-7-2002).

También ha declarado el Tribunal Supremo, en muchas ocasiones - por ejemplo 29-12-97 - que la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito.

El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inicio el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado aún si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador.

Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien la acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no solo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose al grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan precisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario.

En consecuencia esta Sala ha señalado reiteradamente que aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas.

Por ello para facilitar la motivación y valoración de esta prueba, en su cometido racional, esta Sala ha suministrado criterios de valoración que el recurrente expresa en su impugnación, referidos a la persistencia en la declaración, la ausencia de su credibilidad subjetiva y verosimilitud con sus respectivas notas ampliamente desarrolladas en nuestra jurisprudencia. A través de estos criterios podremos comprobar si, efectivamente, la declaración de la víctima Felix fue prolongada en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones relevantes, que no se realizó desde posiciones o desde móviles espurios, resentimientos, venganzas, etc. Y que dicha declaración aparece en la medida racionalmente posible, como cierta, porque existen corroboraciones externas a esa declaración incriminatoria, bien entendido que estos criterios no pueden ser tenidos como reglas legales de valoración de la prueba, pues no existe en nuestro derecho un sistema de prueba tasada, sino como se ha dicho, parámetros mínimos de contraste establecidos por esta Sala como pautas lógicas y criterios orientativos que ayudan a la racionalidad de su valoración en los términos que resultan de los *arts. 717 y 741 de la Ley Procesal*, esto es, apreciada en conciencia y con racionalidad. Esa racionalidad es la que esta Sala ha de comprobar constatando la motivación de la sentencia y la realidad de las declaraciones percibidas de forma inmediata.

SEPTIMO: En el caso que examinamos la Sala analiza las manifestaciones de acusado y considera que su versión, reconociendo haber mantenido relaciones sexuales con el perjudicado, si bien fueron consentidas por ambas partes, no goza de credibilidad frente a la prueba testifical y pericial practicada en la vista.

Así analiza la declaración de la víctima desde aquellos parámetros orientativos y llega a conclusiones que no pueden asumirse por esta Sala casacional.

En efecto, en lo que se refiere a la ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones entre acusado y acusador, el principio de presunción de inocencia impone, en todo análisis fáctico, partir de la inocencia del acusado, que debe ser desvirtuada fuera de toda duda razonable por la acusación. Como se ha expresado si dicha prueba consiste en el propio testimonio de la víctima, una máxima común de experiencia le otorga validez cuando no existe razón alguna que pudiera explicar la formulación de la denuncia contra persona determinada, ajena al denunciante, que no sea la realidad de lo denunciado. Ahora bien la declaración de la víctima ha de ser lógica en si misma o sea no contraria a las reglas de la lógica o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

Por ello esta nota de la declaración incriminatoria está íntimamente unida a la verosimilitud del testimonio, que debe estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que le doten de aptitud probatoria, estas corroboraciones objetivas podrán ratificar algún elemento periférico o circunstancial de las conductas objeto de la acusación, es decir, un dato comprobable íntimamente relacionado con la ocasión en que se produjo la agresión sexual, que aun cuando no acrediten directamente la realidad de ésta, ni la autoría del procesado, permitiesen contrastar objetivamente la verosimilitud del relato del denunciante.

En el supuesto enjuiciado, la propia Sala de instancia no puede menos que hacer constar una cierta perplejidad frente a la conducta que llevó a cabo el perjudicado, una vez ocurridos los hechos, yéndose con el acusado a un Hotel e incluso volviendo ambos juntos en taxi a Torrejón. La justificación de este comportamiento ofrece el perjudicado: carecer de dinero para regresar al cuartel carece del mismo rigor convictivo que la denuncia fuese un pretexto para evitar una sanción disciplinaria por su tardanza en incorporarse al Cuartel.

Esta conducta posterior debe ponerse en relación con la propia secuencia de los hechos relatada por la víctima, pues no deja de ser sorprendente que ésta, hombre joven y soldado profesional, al que deben suponerse una mínima capacidad defensiva, preparación física adecuada y conocimiento en enfrentamientos cuerpo a cuerpo, pueda ser sujetado fuertemente por los brazos y tirado al suelo, por una sola persona, que no esgrimía arma alguna ni le causó lesión objetivable, y que al mismo tiempo le desabrochó el pantalón y la camisa y le haga una felación, para posteriormente obligarse a hacérsela al acusado. Todo ello sin que en ningún momento hubiera podido defenderse o pedir ayuda, cuando los hechos ocurrieron en una zona publica, parking próximo al Museo de Cera.

La sentencia impugnada, sin dar una explicación sobre la causa de este comportamiento posterior del perjudicado, que podría haber generado dudas sobre la realidad de lo ocurrido, no obstante las entiende disipadas por la prueba testifical y pericial.

Considera así que el testimonio del superior del perjudicado, ante quien éste se presentó en su despacho, cuando llegó al Cuartel con retraso, limitándose a decir "ay, ay,,,,, me han violado" y cayendo al suelo desmayado, que relató que si los soldados ofrecen alguna explicación razonable de sus retrasos no son sancionados y que, en todo caso, no siempre los retrasos conllevan sanciones; e igualmente la prueba pericial de los facultativos, Sres. Rogelio, Simón y Jose Pedro sobre el estado psicológico y físico de la víctima y la pericial forense de los Doctores Luis María y Soledad que apreciaron en el perjudicado una patología anterior a los hechos consistente en un cierto trastorno fóbico y otra posterior a los mismos, consistente en un trastorno adaptativo, corroboran la verosimilitud de la declaración de la víctima.

Argumentación que no puede ser asumida en esta sede casacional.

Los dictámenes periciales pueden pronunciarse sobre el estado físico y psicológico de la víctima antes y después de suceder los hechos, pueden incluso contratar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por la ciencia y expresar si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad, pero estos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad.

La responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de su testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes.

Los dictámenes periciales sobre credibilidad de su testimonio expresan la opinión de quienes los emiten, que no puede por sí misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el tribunal, que es quien tiene la responsabilidad constitucional de juzgar, no ha obtenido una convicción condenatoria fuera de toda duda razonable (STS. 14.2.2002).

Situación que es la contemplada en autos. La personalidad del perjudicado, con características de tipo evitativo y trastorno fóbico, el hecho no cuestionado de que se presentó ante su superior en el Cuartel, con retraso y visiblemente embriagado, y la realidad de la relación homosexual mantenida, permiten sostener que el desmayo sufrido y el trastorno adaptativo posterior tanto pudo producirse por la angustiosa situación soportada, como por haber mantenido aquella relación, sin haber exteriorizado su oposición a la misma a causa del estado de embriaguez que presentaba.

Corroboración esta conclusión, y por lo que se refiere a la tercera nota de valoración del testimonio de la víctima, que aunque la Sala destaque la persistencia en la incriminación, no podemos olvidar, de una parte, que la eficacia corroboradora de este requisito es muy relativa, pues persistencia no es sinónimo de veracidad y tan persistente se puede ser sosteniendo la verdad, como una denuncia inicial que no se atenga a la realidad de lo acaecido, esto es, mintiendo; y de otra parte, llama la atención -tal como se señala en el recurso- que en el informe medico-forense, folio 41, al referir la entrevista mantenida con los facultativos del Hospital de la Defensa en el que fue atendido de la crisis de ansiedad que sufrió el denunciante, se hace constar expresamente "manifiestan que la víctima se incorporó al Cuartel donde presta sus servicios por la mañana y allí refirió haber sido víctima de una agresión sexual (penetración anal) por parte de un conocido y que tenía la intención de denunciar ante la autoridad competente cuando estuviera en condiciones de hacerlo. Refieren que no presentaba lesiones en márgenes anales ni en ningún otro lugar de la "economía (sic) corporal".

Consecuentemente, aunque la víctima siempre haya mantenido que fue obligado contra su voluntad a mantener relaciones sexuales, lo cierto es que sobre la agresión sexual concreta a la que dice fue obligado, ha mantenido versiones totalmente dispares.

OCTAVO: Con este bagaje probatorio y en base a las consideraciones expuestas no puede esta Sala casacional conceder plena credibilidad a las declaraciones de la víctima.

El derecho *constitucional a la presunción de inocencia es la primera* y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. El respeto a las reglas de la inmediación y a la facultad valorativa del Tribunal enjuiciado conlleva -como ya hemos indicado set supra- que el control en esta sede casacional del cumplimiento del referido principio constitucional se limita a la constatación de la concurrencia de una suficiente prueba de cargo lícitamente practicada, pero los límites de dicho control no

agotan el sentido último de este derecho constitucional, el cual vincula al Tribunal sentenciador no solo en el aspecto formal de la constatación de la existencia de prueba de cargo, sino también en el material de su valoración, imponiendo la absolución cuando la culpabilidad no haya quedado acreditada fuera de toda duda razonable. No deben confundirse, por ello, los límites del control constitucional con la plena efectividad del derecho en su sentido más profundo.

En base a lo razonado el recurso debe ser estimado, pues no basta la mera certeza subjetiva del Tribunal penal de que ha habido efectivamente una actividad probatoria de cargo, de la que se deduce la culpabilidad del procesado. La estimación "en conciencia" no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haya sido posible concentrar en el proceso.

El Juez debe tener la seguridad de que "su conciencia" es entendida y compartida fundamentalmente por la conciencia de la comunidad social a la que pertenece y a la que sirve (SSTS. 1096/96 de 16.1.97, 692/97 de 7.11), y tanto desde la perspectiva de la confrontación de la declaración de la denunciante con los parámetros jurisprudencialmente destacados como necesarios para su efectividad a los efectos de fundamentar una sentencia condenatoria como única prueba de cargo, como desde la segunda perspectiva de la verificación de la racionalidad del proceso decisorio en la valoración de la prueba de descargo, que cuestiona en este caso seriamente la fiabilidad de la referida declaración del denunciante, la conclusión necesaria es la de estimar que la sentencia impugnada no garantiza adecuadamente que no haya resultado condenado un acusado inocente, y la condena de un inocente, como establece la STS. 1029/97 de 29.12 , representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social, y en consecuencia excluir dicha posibilidad constituye un objetivo esencial del enjuiciamiento penal que debe garantizarse en cualquier caso.

Por ello la necesidad, socialmente destacada de tutelar con la máxima contundencia de libertad sexual, no puede conducir al debilitamiento de los principios fundadores de un Derecho Penal democrático, como son entre otros, la proporcionalidad, culpabilidad y legalidad, forzando una interpretación extensiva de los conceptos de violencia e intimidación que la doctrina jurisprudencial considera a los efectos de la interpretación del tipo de violación "o agresión sexual".

Consecuentemente, aún cuando los delitos contra la libertad sexual merecen un especial reproche moral y social, que impone una contundente reacción penal, proporcionada a la acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan, pero siendo todo ello cierto, en ningún caso, puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente el derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye el principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.

Procede, en base a lo razonado, casar la sentencia impugnada, dictando segunda sentencia absolutoria.

NOVENO: Estimándose el recurso las costas se declaran de oficio, *art. 903 LECrim* .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Bruno, con estimación del motivo segundo, infracción presunción de inocencia, contra sentencia de 17 de junio de 2007, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, en causa seguida contra el mismo, por delito de agresión sexual y en su virtud, CASAMOS Y ANULAMOS referida resolución, dictando nueva sentencia más conforme a derecho, con declaración oficio costas del recurso.

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.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Andrés Martínez Arrieta D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Luciano Varela Castro D. Luis-Román Puerta Luis

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Mayo de dos mil ocho.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 18 con el número 2 de 2005, y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, por delito de agresión sexual, contra Bruno, mayor de edad, nacido en Cabeza del Buey (Badajoz), el día 7 de diciembre de 1974, hijo de Vicente y de M^a Concepción, con DNI. NUM000, en libertad por esta causa, sin antecedentes penales y de ignorada solvencia; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluido el relato fáctico suprimiéndose del segundo apartado de los hechos probados: "el cual se resistió, siendo agarrado fuertemente por los brazos por el acusado, llegando a caer Felix al suelo, donde fue obligado por el acusado a hacerle al mismo otra felación", añadiendo: "para a continuación hacerle éste otra felación al acusado".

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha razonado en los Fundamentos cuarto al octavo de la sentencia precedente procede absolver al recurrente del delito de agresión sexual por el que fue condenado.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Bruno del delito de agresión sexual del que venia siendo acusado, declarando de oficio las costas procesales y dejando sin efecto cuantas medidas aseguratorias se tomaron en su contra.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Andrés Martínez Arrieta D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Luciano Varela Castro D. Luis-Román Puerta Luis

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.