



Roj: **SAP VI 692/2019 - ECLI: ES:APVI:2019:692**

Id Cendoj: **01059370022019100157**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **2**

Fecha: **13/06/2019**

Nº de Recurso: **44/2018**

Nº de Resolución: **146/2019**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **JOSE JAIME TAPIA PARREÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA-SECCIÓN SEGUNDA - UPAD  
ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA-BIGARREN SEKZIOA - ZULUP**

AVENIDA GASTEIZ, 18-2ª planta - CP/PK: 01008

TEL. : 945-004821 FAX : 945-004820

NIG P.V. / IZO EAE: 01.02.1-18/004169

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.43.2-2018/0004169

**Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 44/2018 - E**

Atestado n.º / Atestatu-zk. : NUM010

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea* : AGRESION SEXUAL /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de Instrucción nº 1 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Penal / Gasteizko Instrukzioko 1 zenbakiko Epaitegia - Zigor-arloko ZULUP Sumario / Sumarioa 706/2018

Contra / *Noren aurka* : Amador

Procurador/a / *Prokuradorea* : IRATXE DAMBORENEA AGORRIA

Abogado/a / *Abokatua* : AMPARO HIGUERA VARON

Lourdes en calidad de PERJUDICADO(A)

Abogado/a / *Abokatua*: ENRIQUE SAENZ DE ORMIJANA APERRIBAI

Procurador/a / *Prokuradorea*: OSCAR ESCAÑO ELORZA

La Audiencia Provincial de Álava, compuesta por los Iltmos. Sres. D. Jaime Tapia Parreño, Presidente, D.ª Ana Jesús Zulueta Álvarez y D. Raúl Aztiria Sánchez, Magistrados, ha dictado el día 13 de junio de 2019 la siguiente,

**SENTENCIA N.º 146/2019**

Visto ante esta Audiencia Provincial el presente procedimiento Sumario nº 706/18, Rollo de Sala nº 44/18, procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de Vitoria-Gasteiz, seguido por un delito de agresión sexual y un delito de lesiones, contra D. Amador provisto de DNI nº NUM000 , nacido en Zamora el día NUM001 /1960, hijo de Cecilio y de Palmira , vecino de Vitoria-Gasteiz (Álava), sin antecedentes penales , declarado insolvente por auto del Juzgado instructor de fecha 2/10/2018 , defendido por la letrada Sra. Amparo Higuera Varon y representado por la procuradora Sra. Iratxe Damborenea Agorria. Actuando como Acusación Particular D.ª Lourdes bajo la dirección letrada del Sr. Enrique Saenz de Ormijana y representada por el procurador Sr. Oscar Escaño. Con intervención del Ministerio Fiscal. **Asume la ponencia el Iltmo. Sr. Presidente D. Jaime Tapia Parreño.**



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Ministerio Fiscal, en su escrito de conclusiones definitivas, formuló la siguiente calificación:

Consideró los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual del artículo 178 y 180.3º del CP . y un delito de lesiones del artículo 147.1 del CP ., previsto y penado en el artículo 147.1 del Código Penal .

De dichos delitos es autor material y directo el acusado de conformidad con lo dispuesto en los arts. 27 y 28 del CP , sin concurrir en el acusado circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Estimó que procedía imponer al acusado:

a) por el delito de agresión sexual, la pena de 6 años y 7 meses de prisión, más la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Asimismo, de conformidad con el artículo 57 del Código Criminal , una prohibición de aproximación a menos de 300 metros Dña. Lourdes , su lugar de residencia o trabajo, así como cualquier otro que ésta frecuente y la prohibición de comunicación con ella por cualquier medio por tiempo de 10 años.

b) por el delito de lesiones, la pena de 12 MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

Igualmente, de conformidad con el artículo 192.1 del Código Penal , se impondrá al penado la medida de libertad vigilada durante un periodo de 5 años.

Asimismo solicitó la condena en costas del acusado.

Finalmente interesó que, en concepto de responsabilidad civil, el acusado indemnizara a Dña. Lourdes en la cantidad de 3.000 euros por el daño moral irreversible subyugado a la misma, y en la cantidad de 787,92 euros por las lesiones ocasionadas.

**SEGUNDO.-** La acusación particular, en su escrito de conclusiones definitivas formuló la siguiente acusación:

Consideró los hechos relatados constitutivos de los siguientes delitos:

A) Un DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL del artículo 178 Y 180.3º del Código Penal .

B) Un DELITO DE LESIONES, previsto y penado en el artículo 147.1 del Código Penal .

El acusado D. Amador es responsable en concepto de autor del art. 27 y 28 del Código Penal , por su participación material directa y culpable. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Estimo que procedía imponer al acusado D. Amador las siguientes penas por los citados delitos.

Por el delito A). -la pena de SEIS AÑOS Y SIETE MESES de prisión, más la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Asimismo, de conformidad con el artículo 57 del C.P ., una PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A MENOS DE 300 METROS de Dª. Lourdes , su lugar de residencia o trabajo, así como cualquier otro que ésta frecuente y la PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN con ella por cualquier medio por tiempo de 10 AÑOS.

Igualmente, de conformidad con el artículo 192.1 del C.P ., se impondrá al penado la MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA DURANTE UN PERIODO DE CINCO AÑOS.

- Por el delito B). -La pena de 12 MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

Asimismo interesó la condena en costas procesales, incluidas las de la Acusación particular.

Finalmente, interesó que el acusado indemnizara a Lourdes en la cantidad de 3.000,00 euros, por el daño moral irreversible subyugado a la misma, y en la cantidad de 787,92 euros por las lesiones.

**TERCERO.-** La defensa del encausado, en las conclusiones definitivas, mostró su disconformidad con el correlativo de la acusación particular en su escrito de calificación, manifestando que no procede imponer a su defendido pena alguna por estos hechos, ptocediendo decretar la libre absolución.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente juicio oral ante este Tribunal se han observado esencialmente las prescripciones legales de aplicación.

## HECHOS PROBADOS

**Son Hechos Probados y así se declaran :**



1.- El acusado D. Amador (en adelante Amador o el acusado), mayor de edad, en torno a las 14:00 horas del día 11 de mayo de 2018 se hallaba en el que domicilio que vivía, sito en el NUM002 NUM003 del número NUM004 de la CALLE000 de Vitoria-Gasteiz.

Dña. Lourdes (en adelante Lourdes ), de 21 años de edad, vecina del mismo inmueble, en concreto del piso NUM005 NUM006 , está diagnosticada de esclerosis múltiple y tiene reconocido un grado total de discapacidad del 71%, y, debido a esta enfermedad que padece y dicha discapacidad, no puede mantenerse en pie si no es con el apoyo de unas muletas, siendo su movilidad muy reducida, lo que le hace vulnerable a cualquier ataque físico. El día 11 de mayo de 2018 andaba con muletas.

2.- No se ha probado que aquel día y a aquella hora en el descansillo del primer piso Amador se encontrara con Lourdes , le mirara y con tono brusco le dijera "¿Qué?", ni que, con ánimo de atentar contra la libertad sexual de Lourdes , se abalanzara sobre ella y la empujara con fuerza contra la pared, haciendo que sus muletas se cayeran al suelo; ni que en tal posición le estirara el cuello de la camiseta que portaba, ni que le metiera las dos manos por debajo de dicha prenda y le tocara con fuerza los pechos, haciéndole daño.

Tampoco se ha probado que aquél le intentara besar y desabrochar el cinturón.

3.- No se ha probado que en varias ocasiones anteriores, una de ellas en el verano de 2017, el acusado al ver a Lourdes en el portal le hiciera comentarios tales como "que rica estás" o "qué piernas más bonitas, cuando quieras subes a mi casa".

4.- El día 11 de mayo de 2018, fue trasladada al hospital de Txagorritxu por una ambulancia, y en dicho centro hospitalario le diagnosticaron unas lesiones consistentes en una tendinitis aquilea postraumática; una cervicalgia postraumática; lesiones dérmicas en tórax, en concreto dos de trazo lineal bajo el área clavicular izquierda, una bajo la mama izquierda, de trazo curvo y un hematoma de unos 6x4 cm en mama derecha en zona ínfero lateral respecto areola, así como ansiedad reactiva.

Para la curación de tales lesiones precisó una primera asistencia facultativa y tratamiento médico y farmacológico (collarín cervical blando y analgésico, antiinflamatorio y relajante), y tardó en curar 21 días, de los que 14 supusieron un perjuicio personal básico y 7 un perjuicio por pérdida temporal de la calidad de vida en grado moderado. sin presentar finalmente secuelas.

No se ha probado que tales lesiones fueran ocasionadas como consecuencia de una conducta que fuera ejecutada por parte del acusado.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### PRIMERO.- MOTIVACIÓN FÁCTICA- JUICIO DE HECHO

Los hechos consignados en el apartado 1 tienen poca relevancia en el contexto de la conducta antijurídica enjuiciada, especialmente tomando en consideración la motivación que expondremos en esta resolución, y, en todo caso, en lo que concierne al acusado, éste ha reconocido que vivía en dicho inmueble de la CALLE000 , en el piso NUM002 NUM003 , y, en lo que concierne a Lourdes , aparte de que este Tribunal ha podido contemplar su estado físico, su enfermedad se ha acreditado por la prueba documental ( folios 66-69) y pericial (folios 60-63), ratificada y aclarada en el plenario por la médico forense Sra. Marina , y, en fin, su discapacidad y el grado de ésta también han sido acreditados mediante la prueba documental (por todos folio 18).

#### A) Sobre la declaración de la víctima.

Constituye la única prueba de cargo directa de la acción que se le imputa al acusado, porque no hubo ningún testigo que presenciara aquella, encontrándonos, en principio, ante el supuesto, ya conocido en la práctica judicial y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TC, en que esa declaración es la única que esencialmente puede desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.

Son sobradamente conocidos los parámetros o criterios de valoración racional de esa declaración que propone la jurisprudencia del TS, Sala 2ª, para que esa prueba pueda ser bastante para destruir esa presunción interina de no culpabilidad en que consiste el derecho consagrado en el art. 24.2 CE .

Pues bien, en el plenario, como ya había expuesto en la fase de instrucción y ante la Policía, por lo que concurre el parámetro de persistencia, ha relatado sustancialmente los hechos que eran objeto de acusación, expuestos en el apartado 2 del "factum".

Así, sustancialmente, en lo que atañe al núcleo fáctico esencial, manifestó que le había visto al acusado en el edificio-portal en otras dos ocasiones; que en esas veces, en las que también estaban presentes su hermana



y unas primas, le dijo que si "quería subir a su casa que subiera"; qué "piernas y culo tienes", "ojala pudiera tocarlas".

Añadió que concretamente el día 11 de mayo de 2011, estaba en el descansillo del primer piso e iba al segundo piso a recoger a su hermana pequeña, que se hallaba en el piso en el que vivía su tío Javier , e iba a subir en el ascensor, cuando apareció el acusado y le dijo ¿qué?, y ella le ignoró.

Acto seguido, según su testimonio, se abalanzó, le empujó contra la pared, y en esa posición le empezó a tocar los senos; "le rasgó la camiseta", metiendo la mano por el sujetador, llegando a tocar la piel, mientras le sujetaba por el cuello, y ella le decía que parara, finalmente tocándole con fuerza los dos senos. Ante tal acto, se le desprendieron las muletas, con las que iba, y se cayó al suelo.

El acusado- indicó Lourdes -, además, intentó soltarle el botón del pantalón que llevaba, mientras aquél también intentaba quitarse el botón de su pantalón, y le intentó besar.

Manifestó igualmente que durante el desarrollo de tal conducta del acusado, gritó "papá ven a ayudarme que me va a violar". Su padre estaba en el interior de la vivienda donde residía, y la puerta de acceso estaba abierta.

Sin saber especificar muy bien cómo o en qué momento (tal vez porque escuchó los pasos de acercamiento), el acusado se marchó, y cuando llegó su padre, Amador ya se había ido.

En ese primer momento no le dijo que había pasado, solo lloraba, y, como sabía que el acusado tenía que estar en el segundo piso, subieron y encontraron al acusado en esta planta como escondido.

En ese momento, según su testimonio, Amador le dijo a su padre que le "dejara que terminar de follármela", "si no me dejas follármela, me la follaré más tarde" y "te voy a matar".

Cree que su padre llamó a la Policía y a una ambulancia, que le trasladó al centro hospitalario.

Además de la citada persistencia de ese testimonio inculpatario a lo largo del proceso, sería de apreciar el requisito de la falta de incredibilidad subjetiva, puesto que no se ha constado que exista algún móvil espurio (odio, venganza, enemistad, etc.) que pueda llevar a pensar que tal testimonio se haya producido por dicha razón.

#### **B) sobre la corroboraciones periféricas del testimonio de Lourdes .**

Además, el testimonio de aquella está corroborada periféricamente por las declaraciones de testigos de referencia, que, en algunos aspectos serían directos, y por pruebas documentales médicas y una prueba pericial forense médica, más bien en lo que concierne a lesiones físicas; corroboraciones que analizamos a continuación.

1.- La declaración de Aquilino , padre de Lourdes , puede ser valorada como la de un testigo de referencia, que transmite la misma versión que ésta, y, además, sería testigo directo de actos o datos, que también tendrían un signo inculpatario.

En efecto, básicamente aquél señaló en el plenario que su hija efectivamente iba al segundo piso, porque le había mandado que fuera a recoger a su hija-hermana pequeña a casa de su tío, y "dejó la puerta abierta". El se encontraba en el interior de la vivienda.

En un momento concreto manifestó que escuchó "papá corre ven, que me viola", y salió (de manera inmediata), y vio a su hija en el suelo, pero no observó a nadie, y su hija estaba en "shock". En ese inicial momento no sabía qué había pasado, pues su hija no le contaba qué había sucedido.

Acto seguido subieron al segundo piso y le encontraron al acusado, donde ya le expresó su hija que le había querido violar; surgió un incidente en el que le amenazó al testigo, y el acusado le dijo que le dejara en paz y que se la "iba a follar¿que cuando quiera la viola y que le iba a matar (al Sr. Aquilino )".

Salió justamente también al descansillo del piso segundo Javier , y en ese momento aprovechó Amador para meterse en la citada vivienda en la que residía, y a continuación él llamó a la Policía para que actuara, porque "habían intentado violar a su hija".

Más tarde llegaron los agentes y hasta que éstos acudieron el acusado permaneció en el interior del domicilio.

Finalmente, una vez que acudieron, se marchó con su hija al hospital, al que fue trasladada con la ambulancia.

2.- La declaración de Javier , tío de Lourdes , puede ser ponderada como la de un testigo directo y un testigo de referencia, y, en definitiva, también corroboraría periféricamente algunos extremos de esa declaración inculpataria de aquélla.



En efecto, éste manifestó que vivía en el piso NUM002 , letra NUM007 , del mismo inmueble, siendo a su vez vecino del acusado (en una planta dónde hay cuatro viviendas), residiendo en el piso NUM002 NUM003 .

En ese momento estaba en el interior de su vivienda, cuando oyó unos gritos que procedían del descansillo o rellano (del segundo piso), y vio que estaba el acusado, también su hermano, Aquilino , padre de Lourdes , y ésta estaba histérica y llorando y vio al acusado introducirse en su vivienda.

**Estas dos declaraciones** , reiteramos, como testigos de referencia, corroborarían periféricamente ese relato incriminatorio de Lourdes , en los términos descritos, y son los más cercanos o inmediatos a la conducta del acusado que ha descrito aquélla.

A su vez, en la medida que ambos observan ese shock, lloros, histeria, etc.; el padre escucha unos gritos; ambos hallan al acusado en el descansillo del piso NUM002 ; aquél percibe esas referidas expresiones vejatorias relativas a Lourdes , y ambos observan cómo se introduce en su vivienda, son testigos directos de una situación y de un estado de cosas que sería compatible o cohonestable con una acción del acusado contra la libertad sexual y contra la integridad física, que, en definitiva, habría podido llevar a cabo tal conducta imputada por las partes acusadoras.

### **3.- También pueden ser valorados como testimonios de referencia y testigos directos los de los agentes de la Ertzaintza .**

Los agentes número NUM008 y NUM009 depusieron en el plenario y de manera sustancial expusieron la misma versión.

Efectivamente, relataron que fueron llamados por la Policía Local, que a su vez había sido requerida por Aquilino , porque supuestamente se habría perpetrado un acto contra la libertad sexual.

Llegaron al edificio, y tras recabar información con los agentes de la Policía local que habían llegado previamente, con el Sr. Aquilino y con Lourdes , les indicaron todos ellos que una persona, que resultó ser el acusado, había ejecutado unos tocamientos a la chica. Vieron cómo Lourdes ya estaba siendo asistida por una ambulancia (antes en el interior de su domicilio). El primero de los agentes se entrevistó con Lourdes que estaba llorando, y le relataron todos esos testigos que ésta iba a casa de su tío ( Javier ) y que estando esperando al ascensor apareció el acusado, le había agarrado y le hizo unos tocamientos (en los senos) e intentó besarle.

También relataron que se dirigieron al piso en el que vivía el acusado, llamaron a la puerta, abrió una persona (un varón) y más tarde una Señora., y, como éstos no coincidían con la descripción del supuesto autor preguntaron si había alguna persona más en la vivienda y al poco tiempo salió voluntariamente el acusado, que estaba en su dormitorio (el acusado vivía en una habitación con otras personas que cohabitaban en otras habitaciones). Asimismo, expresaron que Amador , que negó los actos que le imputaron, fue detenido.

Finalmente expusieron que Lourdes tenía el cuello enrojecido, y estaba llorando y nerviosa y afectada.

En la medida que han apreciado esos signos externos en el cuello y ese estado emocional, como testigos directos, aportan datos que permiten corroborar ese testimonio de cargo de Lourdes , y al mismo tiempo son testigos de referencia, porque Lourdes y otros dos testigos en el lugar (padre y tío), les cuentan aspectos centrales de la acción ilícita enjuiciada, cuyo autor habría sido Amador .

4.- La deposición de Daniela , que convivía con el acusado en el mismo piso, en otra habitación, no aportó muchos datos esclarecedores, porque señaló que vio al acusado entrar en el domicilio; que cuando llegaron los agentes de la Ertzaintza estaba en su habitación, y que autorizó la entrada de los agentes al hall de la vivienda; que lo había visto entrar y le preguntó que pasaba. También oyó que habían llamado a la Policía.

En definitiva, aporta algún dato periférico, pero lejano en cuanto a lo que concierne al comportamiento atribuido a Amador .

5.- También es testigo directo y testigo de referencia la forense Dra. Marina .

Así, actuando en el marco del protocolo interinstitucional para supuestos de agresiones sexuales, aquélla indicó en el plenario que hacia las cuatro de la tarde acudió al hospital de Txagorritxu, en el que estaba siendo asistida Lourdes ; se entrevistó con ella y, por tanto, al poco tiempo, es decir, habiendo transcurrido unos dos horas, aquella le contó el relato que refleja su informe médico forense, que se ha recogido en el informe pericial (folio 61), que también expuso a instancia de este Tribunal, y, básicamente le relató la misma secuencia de hechos que aquella expuso en el plenario.

Además, como testigo directo y experta, observó y detectó en tal primera exploración que le hizo en dicho instante y lugar, una ansiedad y dolor en las zonas cervico dorso lumbar y una contractura en zonas de





musculatura paravertebral cervical y de trapecios; dolor en la extremidad inferior izquierda y en tercio inferior de pierna y tobillo, y dolor en las mamas y zona torácica superior con eritemas de morfología digital y lineal en mamas y tórax superior.

6.- Finalmente, **también como testimonio directo**, en relación a ciertas expresiones previas obscenas de contenido sexual, que habría proferido el acusado en otras ocasiones, y corroborando el testimonio de Lourdes en relación aquellas, puede ser tenida en cuenta **la declaración de la hermana de aquella**, que refirió en el juicio oral que ella en otras ocasiones anteriores había estado presente y oído esos comentarios que había realizado el acusado a su hermana, en concreto en otras dos ocasiones, en relación a las piernas y al culo, pensando que era solamente un "viejo verde", y de ahí que no contaron a nadie lo que les había sucedido con el acusado.

7.- **La prueba documental**, consistente en el informe médico elaborado en el Servicio de Urgencias del Hospital de Txagorritxu (folios 14-17 y repetidos sustancialmente 65-69), en el que se le apreciaron a Lourdes una serie de lesiones y un estado psíquico de ansiedad reactiva, sería una prueba que confirmaría periféricamente la versión inculpativa de aquella.

En definitiva, a modo de conclusión, en línea de principio, toda esta prueba abundante es de claro signo inculpativo.

La cuestión es que, como indicaremos a continuación, esa prueba de cargo está refutada por una prueba pericial científica y otros datos y elementos, y, por tanto, adelantando la conclusión, estimamos que no es suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del acusado, al albergar este Tribunal una duda razonable sobre su participación en los hechos objeto de acusación.

Sería de aplicación la doctrina de la sentencia del TS, Sala 2ª, 342/2017, de 12 de mayo de 2017, que cita la STS núm. 29/2017, de 25 de enero, en el sentido de que *"la testifical de la víctima, puede ser prueba suficiente para condenar si va revestida de una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio. En ese contexto encaja bien el aludido triple test que establece la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del testigo víctima; Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar"*

Y añade lo que es relevante para este caso, *"Eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal"*.

### C) Sobre la prueba científica de ADN.

1.- **En relación a cómo se llegó a ejecutar esta prueba**, como explicó la Sra. Marina en el plenario y consta en su inicial informe pericial (folio 62), siguiendo el referido protocolo interinstitucional, en aquel momento y en el hospital citado, realizó la toma de muestras biológicas, en concreto tres hisopos cutáneos de mamas: dos hisopos en seco y otro humedecido con suero fisiológico, que fueron remitidos al Instituto nacional de Toxicología y Ciencias Forenses de Madrid.

En el plenario aclaró o señaló que hizo tal labor de manera minuciosa y detallada, pasando los hisopos por toda la superficie de la piel de los senos, lo que debió ser así, porque, como diremos, se hallaron restos de ADN de un varón (no del acusado).

La misma Sra. Marina explicó en el plenario el contenido del resultado del dictamen científico que previamente había sido elaborado por expertos del citado Instituto Nacional (folios 133 y 139-143), que por sí solo también puede ser ponderado como prueba.

En este momento conviene hacer una pequeña digresión en el sentido de que, aunque los biólogos de tal Instituto no declararon en el plenario, todas las partes, en particular las acusadoras, no pusieron en duda el valor probatorio que pudiera extraerse o inferirse de los informes que habían realizado los facultativos de Biología, acogiéndose a la jurisprudencia del TC y del TS, Sala 2ª, que permite la ponderación de esa prueba científica (como cargo o de descargo), con el valor de prueba pericial documentada, cuando se realiza por laboratorios o instituciones oficiales.

En efecto, respecto de una prueba pericial consistente en un informe del Instituto Nacional de Toxicología, la STC número 127/1990 (FJ 4º) expresó que *"de conformidad con los artículos 726 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pueden ser tomados en consideración (como pruebas) informes practicados en la fase previa al juicio que se basen en conocimientos técnicos especializados, con constancia documental en autos que permita su valoración y contradicción en juicio, sin que en tal supuesto sea absolutamente imprescindible la presencia en dicho acto de quienes lo emitieron para su interrogatorio personal, cuando, como ocurre en el presente caso, el informe fue sometido a contradicción en el acto del juicio, versando sobre él la prueba pericial que con tal finalidad se propuso"*.



En igual sentido, la STC 24/1991, de 11 noviembre (FJ 3), aun reconociendo que no se trata de prueba documental, sino documentada, admite que pueda recibir el mismo tratamiento de aquélla, pues " *no haber puesto en duda la corrección científica del citado certificado lleva aparejado como consecuencia que, en tanto prueba documentada, que no documental, el órgano judicial, tal como estatuye el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, haya examinado "por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad"* "

También, en el FJ 1º del ATC 19/97 y FJ 2º del ATC 326/97, se dice que " *pueden ser tomados en consideración informes practicados en la fase previa del juicio que se basan en conocimientos técnicos especializados, con constancia documental en autos que permite su valoración y contradicción en juicio, sin que en tal supuesto sea absolutamente imprescindible la presencia en dicho acto de quienes lo emitieron para ser interrogados personalmente* ".

En la misma línea el TS, Sala 2ª, en la STS, Sala 2ª, número 1642/2000, de 23 de octubre, sostiene que " *son numerosos, reiterados y concordantes los precedentes jurisprudenciales de este Tribunal de Casación que declaran la validez y eficacia de los informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios oficiales del Estado, que, caracterizados por la condición de funcionarios públicos, sin interés en el caso concreto, con altos niveles de especialización técnica y adscritos a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios de las modernas técnicas de análisis, viene concediéndoseles unas notas de objetividad, imparcialidad e independencia que les otorga "prima facie" eficacia probatoria sin contradicción procesal; criterio que ha sido ratificado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 21 de mayo de 1999.* "

En igual sentido, La STS, Sala 2ª, número 179/2007, 7 de Marzo de 2007, en consonancia con la jurisprudencia del TC, señaló lo siguiente:

" *Este criterio ha sido avalado por el Tribunal Constitucional ( S.S.T.C. de 5 de julio de 1.990 y 11 de febrero de 1.991 ) al declarar la validez como elemento probatorio de los informes practicados en la fase previa al juicio basados en conocimientos especializados y que aparezcan documentados en las actuaciones que permitan su valoración y contradicción, sin que sea necesaria la presencia de sus emisores. **Y ha sido proseguido en multitud de sentencias de esta Sala que, al abordar el mismo problema suscitado ahora, ha dejado dicho que si bien la prueba pericial y cuasi pericial en principio, como es norma general en toda clase de prueba, ha de ser practicada en el juicio oral, quedando así sometida a las garantías propias de la oralidad, publicidad, contradicción e inmediación que rigen tal acto, puede ocurrir que, practicada en trámite de instrucción, y conocida así por las partes al darles traslado de la causa para calificación, nadie propusiera al respecto prueba alguna para el acto del juicio, en cuyo caso, por estimarse que hubo una aceptación tácita, ha de reconocerse aptitud a esas diligencias periciales o cuasi-periciales para ser valoradas como verdaderas pruebas, máxime si han sido realizadas por un órgano de carácter público u oficial ( STS de 5 de mayo, 14 y 30 de diciembre de 1.995, 23 de enero y 11 de noviembre de 1.996 .....).*** "

*Criterio ha sido ratificado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 21 de mayo de 1.999 ".*

Sentado lo anterior, retornando a la valoración de estas pruebas periciales científicas, de la declaración de la Sra. Marina y de ese primer inicial informe pericial ya mencionado se desprende que en el hisopo 02, en concreto en el análisis de marcadores STR del cromosoma Y se detectó un haplotipo de varón desconocido que podría ser cotejado, y los peritos del Instituto Nacional de Toxicología refirieron que para tal examen era preciso disponer de una muestra indubitada del investigado.

Siguiendo tal propuesta, el Ministerio Fiscal interesó la práctica de tal diligencia-prueba (folio 144); el Juzgado la acordó y le requirió al acusado para que autorizara la recogida de ADN, en aras a la práctica de aquel análisis propuesto, y el acusado manifestó que sí lo permitía (folio 153), lo que así hizo la Sra. Marina, recogándole tres hisopos bucales con mucosa oral (folios 172 y 177), que los remitió a aquel Instituto para su cotejo con la muestra dubitada de ADN.

Ya estando la causa en la fase intermedia en esta Sala, se recibió el informe pericial del indicado Instituto (folios 78 a 81 del Rollo de Sala), con la correspondiente especificación realizada por la forense (86 del Rollo de Sala), en el que es destacar que se informó que el "haplotipo obtenido a partir de los hisopos con toma de mucosa oral de Amador ¿no coincide con (aquel referido) haplotipo de varón obtenido a partir del hisopo cutáneo 02 tomado a Lourdes ¿".

En relación a la exacta información que podría proporcionar tal expresión del dictamen, y en general la consecuencia final a extraer de todos esos informes periciales, debemos resaltar que la Sra. Marina expresó en el juicio que era extraño que se hubiera producido tal resultado (no coincidencia), haciendo mención, reiteramos a que se había empleado a fondo, esto es, en su labor profesional había sido exhaustiva en la realización de los hisopos para que estos recogieran ADN de un posible agresor.



El forense Sr. Efrain , que conocía todos esos informes por su cargo de director de la Subdirección de Álava del Instituto Vasco de Medicina Legal, aclaró todos esos informes, pues, como explicó, los había examinado, y sobre la base de conocimientos científicos bastante diáfanos, señaló que, aunque era posible, como probabilidad, que en los hisopos obtenidos a partir de la piel de los senos de Lourdes no se apreciara el ADN del acusado, la lógica científica llevaba a deducir que lo normal hubiera sido que habría aparecido, máxime cuando en el análisis de marcadores STR del cromosoma Y se había detectado un haplotipo de un varón.

Señaló, en tal sentido, que si se no hubiera obtenido ningún ADN (haplotipo) de varón, podría dudarse del resultado de la prueba de recogida de tal material sobre el cuerpo de Lourdes , pero al haber aparecido uno, reiteramos, la consecuencia natural científica, a la vista del propio relato de Lourdes y del esfuerzo realizado por la Sra. Marina , hubiese sido que "coincidiera" con el extraído al acusado mediante los hisopos con toma de su mucosa oral, o al menos existiera una mezcla de ADN del acusado y de otra persona.

Desde otra perspectiva complementaria, a partir de esos informes, se puede señalar que cuando se solicitó el cotejo del haplotipo de varón detectado en aquel hisopo 02 con el perfil genético del investigado, fijando un haplotipo obtenido a partir de los hisopos con toma de mucosa oral de Amador , debería haber coincidido él de éste con él de aquel varón, y si bien los citados forenses era posible que no se produjera la coincidencia, era más bien extraño o extraordinario.

En conclusión, para dichos expertos y conforme a lo que se podría extraer de tales informes del citado Instituto, en el contraste del ADN hallado en aquellos hisopos obtenidos a partir de los senos de Lourdes con el ADN del acusado extraído de su saliva, deberían haber coincidido ambos ADN, y, a pesar de que era posible que no era apareciera, esta hipótesis era extraña.

Pues bien, a partir del resultado que se obtuvo de tal prueba pericial científica, una vez suficientemente aclarada en el juicio oral, porque antes del plenario podría haber dudas sobre el resultado que en su conjunto proyectaban todos los informes, la Sala necesariamente ha tenido que analizar si esa prueba científica podría rebatir todo el resultado probatorio que podría inferirse, en principio, de aquellas pruebas personales y documentales analizadas en los apartados A) y B).

## 2.- Sobre el valor probatorio de esta prueba científica de ADN frente a otras pruebas.

La situación que se planteaba era si ese resultado exculpatario de esa prueba pericial científica determinaba que la presunción de inocencia no se podría considerar desvirtuada por el conjunto de pruebas personales y documentales antes referidas, en particular o especialmente por el testimonio de Lourdes , aunque formalmente concurrieran los criterios o parámetros de valoración racional que propone el TS, Sala 2ª.

Pues bien, en primer lugar, en términos generales, como es sabido, la prueba pericial científica de ADN puede ser ponderada como de cargo, pero también es de descargo.

De una manera más precisa, se puede indicar que los resultados de las pruebas de ADN pueden ser positivos, confirmando la correlación o coincidencia entre los polimorfismos de ADN extraídos del análisis de las muestras dubitadas y los obtenidos a partir del análisis de las muestras indubitadas, o negativos, descartando tal coincidencia.

La jurisprudencia del TS, Sala 2ª, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esa prueba y en concreto sobre su valor probatorio, tanto por sí sola como en relación a otras pruebas, y esa doctrina legal nos ha de servir para alumbrar este caso, y en particular si estamos en uno de esos supuestos en que la prueba científica de ADN excluye la participación del acusado en la conducta penal imputada, pudiendo adelantar que sí la descarta.

En términos generales, la STS, Sala 2ª, número 151/2010, de 22 de Febrero de 2010 , en relación a esa citada prueba, señaló lo siguiente:

*"¿ En línea similar, la STS 107/2003, 4 de febrero, recordó ¿que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir puede ser inculpatario o **totalmente exculpatario...** "*

Más precisamente, la sentencia del STS, Sala 2ª, número 734/2014, de 11 de Noviembre de 2014 , sobre la prueba científica de ADN, afirmó lo siguiente:

*" Además como dijimos en STS. 709/2013 de 9.10 ( en realidad 10.10) - **el resultado de la pericial es inequívocamente favorable si se descarta la coincidencia del perfil genético del detenido (indubitado) con el dubitado** ( SSTS. 789/97, 792/2009, 158/2010 ) y altamente desfavorable si se aprecia su coincidencia en unos índices muy altos (expresado desde la primera sentencia de la Sala Segunda Tribunal Supremo sobre el ADN, (STS. 1701/92 de 13.7).*





En consecuencia, no se puede afirmar que sea una diligencia netamente inculpativa, extremo sobre el que hay unánime acuerdo jurisprudencial ( STS. 151/2010 de 22.2 ).

**De ahí que es ambivalente** (cfr. SSTS. 158/2010 de 2.2 y 792/2009 de 17.7 ), **y puede también favorecer al detenido ¿** .

Igualmente, en el mismo sentido, más en concreto para este caso, la STS, Sala 2ª, número 158/2010, de 2 de Febrero de 2010 , sentó la siguiente doctrina:

" En segundo lugar al examinar la prueba de descargo la Sala valora incorrectamente los datos suministrados por los informes periciales de ADN: El informe elaborado por dos Biólogas de la Unidad Central de Análisis Científicos del Cuerpo Nacional de Policía **analizó una muestra indubitada del acusado y comparando su resultado con el elaborado anteriormente de los restos prostáticos encontrados en el jersey de la víctima de la segunda agresión sexual, Isabel , estableció dos conclusiones: 1º) que el perfil genético obtenido de la primera muestra "no es compatible" con el de la segunda ; y 2º) que el haplotipo de cromosomas "Y" de la muestra indubitada "no es coincidente" con el obtenido en los restos del jersey . Un segundo informe emitido por el Laboratorio de Genética del Instituto de Medicina Legal de las Palmas puso de relieve el escaso número de marcadores del cromosoma "Y" empleados en el análisis que en su día se hizo de los restos del jersey, en comparación con los que habitualmente se emplean en la actualidad; pero en posterior informe el mismo laboratorio concretó su valoración científica de las conclusiones del informe de la Policía Nacional dejando claro que, por la razón dicha, no compartía la conclusión segunda, sobre resultados obtenidos para el cromosoma "Y" pero en cambio estaba de acuerdo en cuanto a la conclusión primera, por lo que establecía como conclusión final que "el perfil genético obtenido a partir de la muestra indubitada" del acusado "NO ES COMPATIBLE con la mezcla de perfiles genéticos obtenida en el jersey cuyo análisis fue objeto del informe pericial" de la Policía.**

La coincidencia entre los dos peritajes estriba en que ambos mantienen que los perfiles genéticos de una y otra muestra no son compatibles. De donde resulta necesariamente la imposibilidad de que pertenecieran al acusado los restos prostáticos dejados por el agresor sexual en el jersey de la segunda víctima.

Tiene por lo tanto razón el recurrente al poner de relieve que el perfil genético es singular en cada individuo y siempre idéntico en cada célula del mismo. **Cuando no coincide el del acusado con el que aparece en el análisis biológico de los restos encontrados la ciencia afirma radicalmente y sin fisuras que debe excluirse que éstos restos le pertenezcan. Cuando no coinciden como sucede en este caso la certeza de que no le pertenecen es absoluta** .

Más recientemente, en igual dirección, la STS, Sala 2ª, número 120/18, de 16 de marzo de 2018 estableció la siguiente doctrina:

" 1º) en efecto habrá de recordarse SSTS 286/2016 de 7 abril , 615/2017, de 8 julio , 682/2017, de 18 octubre , que los análisis de ADN forman parte de una prueba pericial que, como tal, deberá ser valorada. **En este caso las cuestiones que son incontrovertibles para la ciencia deberá tenerlas así el Juez . Por ejemplo, cuando los marcadores genéticos de una persona contrastados con los aparecidos en el lugar de los hechos no coinciden, la ciencia afirma radicalmente que debe excluirse que las muestras biológicas encontradas en el lugar de los hechos pertenezcan al sospechoso . Por el contrario, si ambas muestras coinciden, la ciencia nos proporciona una alta probabilidad estadística. La prueba pericial de ADN es una prueba basada en conocimientos científicos y ha de someterse su valoración por el Juez a las limitaciones indicadas, pues el principio de libre valoración de la prueba no permite que el Juez vaya por caminos contrarios a los que para la ciencia son indiscutibles - lo que podría ser impugnado por la vía del art. 849.2 LECrim** .

Esta es la posición del TS, Sala 2ª, que se puede deducir del análisis de tales sentencias con motivo de recursos ordinarios, pero dicho órgano también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el valor probatorio de dicha prueba pericial cuando ha examinado determinados recursos de revisión, interpuestos como consecuencia de la obtención de un ADN, y puede ser muy clarificadora en relación a la ponderación de esta prueba con otra prueba personal que haya podido ser inculpativa, al igual que ocurre en nuestro supuesto.

Así, en la STS 75/2016, de 10 de Febrero de 2016 , sentó lo siguiente:

" **La prueba de ADN tiene un carácter técnico e identificador de superior valor que las pruebas en que la sentencia condenatoria cuya revisión se solicita se basó , ésta es la declaración de una vecina , Fermina , que ratificándose en sus declaraciones anteriores, reconoció en el plenario al acusado sin duda alguna "como al hombre al que vio ese día en las inmediaciones de su domicilio". Por ello, como el Ministerio Fiscal señala en su informe apoyando el recurso, "no obstante reconocer el valor y respeto que merece esta prueba personal, nos encontramos ante una nueva prueba como lo es el resultado de las pruebas de ADN realizadas sobre los perfiles genéticos hallados, que con una técnica más precisa y avanzada permite una mayor certeza en la identificación que en este caso excluye la participación de Antonio en el delito de agresión sexual cometido en la persona**



**de Martina , lo que evidencia su inocencia** ¿(ver en igual sentido revisión 20410/08 sentencia 709/2009 de 16/7/09 ) "

En la misma línea, la STS, Sala 2ª, número 1013/2012, de 12 de Diciembre de 2012 sostuvo lo siguiente:

" *Consecuentemente nos encontramos ante las pruebas del análisis del ADN realizadas sobre las dos muestras de sangre halladas obteniendo el mismo perfil genético de varón que permiten una mayor certeza individualizadora e identificadora que excluyen la participación de Donato y cuyo valor técnico y demostrativo es de tal contundencia que por sí solos evidencian con certeza su inocencia* (ver sentencia de 16/7/2009 recurso de revisión 20410/08 ) "

Precisamente esta sentencia del TS, Sala 2ª, número 792/2009, de 16 de julio de 2009 estableció lo siguiente:

" **la prueba de ADN tiene un carácter técnico e identificador de superior valor que las pruebas en que la sentencia condenatoria cuya versión se solicita se basó : declaración de la víctima que no sólo reconoció en rueda al procesado, reconocimiento ratificado en el juicio oral, sino que también reconoció a presencia judicial la voz de su agresor.** Por ello, como el Ministerio Fiscal señala en su informe apoyando el recurso, "no obstante reconocer el valor y respeto que merecen estas pruebas nos encontramos ante hechos nuevos como son las pruebas de ADN realizadas sobre los perfiles genéticos hallados con unas técnicas más precisas y avanzadas que permiten una mayor certeza individualizadora e identificadora que excluyen la participación de Eutimio y cuyo valor técnico y demostrativo es de tal contundencia que por sí solos evidencian con certeza su inocencia", ( **ver SSTS. De 5.7.97y8.6.2005 que anularon sentencias condenatorias que descansaban en la declaración de la víctima** ) "

Entendemos que esa jurisprudencia, deducida de ciertos recursos de casación como de recursos de revisión, nos alumbra nuestro caso, una vez que la prueba pericial científica era de un claro signo exculpatorio, y más bien, en línea con lo que a lo largo del proceso había expuesto el acusado, excluía que Amador hubiera tocado los senos de Lourdes , porque, en otro caso, debería haber aparecido su ADN en los hisopos, y no él de otra persona desconocida.

Por otro lado, aunque a los efectos dialécticos pudiéramos pensar que esa prueba de descargo no excluía o desvirtuaba totalmente el resultado incriminatorio que se podía inferir de la prueba expuesta y valorada previamente (apartados A) y B) de ese fundamento), en todo caso, aquella obligaba sin vacilación a ser más precisos y rigurosos, si cabe, a la hora de valorar ese resultado que proyectaba aquella prueba de cargo, y tal examen más detallado de aquella nos ha llevado conclusión de que objetiva e imparcialmente toda la prueba practicada (la de cargo y la de descargo) razonablemente genera una duda razonable sobre la participación del acusado que nos llevaba claramente a la conclusión de que no se ha desvirtuado su derecho consagrado en el art. 24.2 CE .

#### **D) Sobre las dudas que arroja la prueba personal, en particular la declaración de Lourdes .**

1.- Así, en lo que concierne a la declaración de Lourdes , **ha llamado la atención del Tribunal el examen directo de la camiseta** que portaba aquella en el día y hora concretos, que fue entregada por ella (folio 54 comparecencia de entrega) y que constaba entre las piezas de convicción, siendo exhibida en el plenario a aquella testigo.

Pues bien, ésta siempre ha expresado (también en el plenario) que el acusado se la rompió, lo que, en principio, era muy lógico o acorde a máximas de experiencia, porque así suele ocurrir cuando una persona con cierta fuerza o violencia introduce las manos por dicha vestimenta para intentar tocar los senos y efectivamente los toca.

De hecho, en línea con tal declaración, la Acusación Particular recogió en su escrito de calificación provisional, elevado a definitivo, que "el acusado le estiró el cuello de la camiseta que portaba **rompiéndosela** " .

El Ministerio Fiscal, más matizadamente, aludió que "estiró el cuello de la camiseta que portaba".

Pues bien, lo cierto es que, examinada dicha camiseta, no aparece ni un estiramiento, que pueda ser catalogado como tal (mínimamente visible y perceptible), y desde luego no está rota.

Sin ser tal dato definitivo para excluir la veracidad de un testimonio, en este caso concreto si tenemos en cuenta la estrecha relación que tiene con el ataque a la libertad sexual narrado por la única testigo directo, en el que se aludía a unos tocamientos por debajo del sostén con las dos manos, el hecho de que no aparezca rota ni estirada puede poner en tela de juicio el relato incriminatorio, al menos en el núcleo esencial del ataque a la libertad sexual, y lo que es más relevante, puede explicar que no se hallara el ADN del acusado en los aludidos tres hisopos (en particular en el hisopo 02), y a su vez, desvirtúa el acto más grave por el que Amador ha sido acusado, que ha negado en todo momento cualquier acto contra la libertad sexual.



2.- Por otro lado, ni Lourdes ni su padre Aquilino han podido explicar mínimamente cómo habiendo ocurrido el hecho en el descansillo del NUM005 piso, estando abierta la puerta de acceso a la vivienda en la que residían ambos, Amador no fuera sorprendido allí mismo por aquél .

En primer lugar, podría parecer extraño que tal acto pudiera tener lugar en tal lugar y a dicha hora, estando la puerta abierta de la vivienda, porque, a la vista de la prueba practicada, dado que había cuatro manos en esa planta, cualquier persona podría acudir al auxilio de la persona atacada, pero es notorio que los actos de esta naturaleza pueden suceder en cualquier lugar y hora, por lo que tal reflexión es irrelevante.

Ahora bien, lo que sí resulta extraño o contrario a máximas de experiencia es que, habiendo gritado Lourdes que estaba siendo agredida con aquellas expresiones que escuchó su padre, habiendo durado cierto tiempo el acto (ataque, la coge del cuello, las manos rompen la camiseta, intenta besarla, intenta desabrochar el pantalón, el acusado lo hace), el Sr. Aquilino , que salió en cuanto oyó los gritos, no llegara a sorprender allí mismo al acusado.

Lourdes expuso que no sabe cuándo se marchó, y que tal vez lo hizo al oír los pasos, y el padre manifestó que fue inmediatamente, y sin embargo, solamente lo encontraron en el piso superior.

Se trata de una sombra de duda sobre el relato incriminatorio que se incrementa con el hecho de que no se rompiera ni se estirara la camiseta, y con el resultado de la prueba científica.

### **3.- Los dos testigos de referencia y directos inmediatos a los hechos son todos del mismo grupo familiar.**

Tanto el padre como el tío, son personas íntimamente vinculadas con aquella, lo que disminuye la fuerza acreditativa de tales testimonios como prueba de corroboración periférica de tal testigo directo único.

Los testigos de referencia, agentes de la autoridad y forense, en realidad escuchan la versión que les ha relatado Lourdes , que es la fuente de prueba única.

Se podría pensar razonablemente que pudo haber otros testigos que, ante los gritos de aquella, o el incidente que se habría tenido en el NUM002 piso habrían salido al auxilio de aquella, y, sin embargo, solamente aparecieron el padre y el tío.

Respecto de los otros hechos que habrían ocurrido en días previos, esos comentarios obscenos relativos a ciertas partes del cuerpo de Lourdes , también solamente están corroborados por la hermana de aquella.

En conclusión, si ya había dudas razonables con la prueba científica, la motivación expuesta en estos tres apartados del punto D) debilitan aún más el valor probatorio del único testimonio directo.

### **E) Sobre la explicación que puede concederse a esas lesiones físicas y a ese estado psíquico, que detectaron los policías, los servicios médicos y la médico forense.**

Ciertamente, a pesar de tal endeblez, en el conjunto del acervo probatorio puede producir una cierta perplejidad el que los agentes de la autoridad observaran aquel enrojecimiento en el cuello y ese estado psíquico en Lourdes , así como que los médicos observaran las lesiones y el padecimiento psíquico, pero un análisis más detenido de estas pruebas, podría llevar a otras consecuencias.

Así, los agentes observaron un ligero enrojecimiento en el cuello, pero tal signo es equívoco y puede producirse por diferentes causas.

Más bien, parece que una agresión cómo la que se describió por la testigo en tal momento debería haber producido un resultado lesivo más evidente.

En todo caso, como nos indicó la Sra. Marina , que ya acudió al juicio oral conociendo las dudas que proyectaba la referida prueba científica de ADN, expuso que en su exploración solo percibió dolores (folio 62), y fue más tarde, con base en el examen efectuado por los médicos del Servicio de Urgencias, con exploración clínica y radiológica, cuando objetivó las lesiones, que hemos reflejado en el apartado 4 del "factum", siendo la más importante la tendinitis.

En todo caso, toda esa prueba documental y personal (testifical y pericial médica) permite acreditar que Lourdes sufrió poco antes de aparecer la Policía (cuyo testimonio no es de objetar) y ser llevada en una ambulancia, unas lesiones físicas y tal estado psíquico (ansiedad).

A pesar de la ya reflejada debilidad de la prueba de cargo para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, ante tales lesiones, para cohonestar ese resultado lesivo físico y psíquico con la prueba de cargo y de descargo, **podemos plantearnos varias alternativas o hipótesis.**



Una, la más remota, es que los hechos no ocurrieron en modo alguno, sino que, como afirmó el propio acusado, en ejercicio de su derecho de autodefensa, todo habría sido un "sainete" de Lourdes y su familia, tal vez con la idea de perjudicarle, obtener dinero, etc. (sin precisar por qué).

Otra, en principio, más plausible, sería que ocurrieron, pero en todo caso, no cómo relataron los testigos, en particular Lourdes, que habrían exagerado para dar credibilidad a su testimonio, porque, en otro caso, como dato más significativo, la prenda de vestir estaría rota o claramente estirada, lo que no ocurrió, y el ADN del acusado habría surgido en la prueba científica.

En esa línea, tal vez podríamos pensar que la acción violenta fue contra la integridad física, pero no contra la libertad sexual, o que el acto sexual fue sin tocar los senos al menos por debajo de la ropa, porque, en otro caso, se habría obtenido ADN del acusado y la camiseta estaría rota.

Es una alternativa que no se ha suscitado, y, en todo caso, nos permitiría hacer dudar seriamente de la comisión de una agresión sexual, que es el delito más grave imputado, que se ha sostenido en la ejecución de unos tocamientos violentos por debajo del sostén en los dos senos con ambas manos, y, por extensión habría de cuestionarse la propia agresión física, porque las lesiones, según las acusaciones, están imbricadas con la conducta sexual, aunque, en principio, de manera legítima, conforme a la jurisprudencia del TS sobre la concurrencia de un concurso real de ambas infracciones, hayan acusado también por el delito de lesiones.

Finalmente, es posible configurar otra alternativa, la más acorde a todas las pruebas, y es que efectivamente pudo ocurrir, una agresión sexual, en todo caso, sin tocar los senos (porque la camiseta estaría rota), y lo que es definitivo, a pesar del conocimiento del acusado por parte de Lourdes, porque era vecino y lo había visto otras veces, con el que habría interrelacionado (en el sentido de las expresiones vejatorias), en el momento del ataque se pudo confundir de persona, propiciado el error por el hecho de que habría tenido tales encuentros deshonestos con el acusado.

En esta alternativa, podríamos cuestionar la verosimilitud subjetiva del testimonio del padre y del tío, al tratarse de unos familiares de la testigo directa, y en todo caso, porque su fuente de conocimiento de la autoría estaría relacionado con la equivocación de aquélla.

En todo caso, en cualquiera de estas tres hipótesis, procede la absolución.

En este momento, resulta conveniente traer a colación aquella jurisprudencia del TS, Sala 2ª, que vincula el derecho a la presunción de inocencia con la existencia de alternativas plausibles.

En efecto, en la sentencia de 30-5-2007, nº 450/2007, rec. 10575/2006, el TS Sala 2ª se estableció que " *Cuando es factible establecer conclusiones alternativas plausibles, basadas en la incertidumbre o la indeterminación, el proceso valorativo debe decantarse por una solución absolutoria ( SSTS. 5.10 y 31.12.99 )* .

En la misma línea, pero más precisamente, la sentencia del TS, Sala 2ª, número 1192/11, de 16 de noviembre de 2011, recurso 10867/2011 establece que " *esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido también estableciendo el sentido y alcance de tal contenido de la garantía constitucional de presunción de inocencia, entre otras en sentencias de 1 Jul. 2011, resolviendo el recurso 1807/2010 y en las núms. 691/11 y 692/11 de 22 de junio, 576/2011 de 25 de mayo, 351/11 de 6 de mayo, 321/11 de 26 de abril, 255/11 de 6 de abril, 89/11 de 18 de febrero, 21/11 de 26 de enero, 22/11 de 26 de enero y 1161/2010 de 30 de diciembre. Siguiendo las mismas cabe establecer las siguientes referencias para constatar si la sentencia recurrida se ha adecuado a tal exigencia constitucional que legitime la condena del recurrente penado.*

*Con carácter general, el contenido constitucional del derecho a la presunción de inocencia implica...*

*¿la objetiva razonabilidad de la aceptación de la acusación (que) requiere la inexistencia de alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables. **Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.***

**Puede pues decirse, finalmente, que cuando existe una duda objetiva debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado "**

F) Finalmente, la declaración del acusado, a pesar de que ha podido ser rechazada sobre algunos aspectos o extremos, en el contexto de esa valoración más detenida de la prueba, de cargo y de descargo, a partir





principalmente del resultado que ha proyectado la prueba de ADN, puede ser valorada por este Tribunal **para confirmar la duda razonable** .

Así, en términos generales el acusado en todo el proceso y en el juicio oral ha negado de manera categórica que profiriera las expresiones obscenas, y lo que es más relevante cualquier agresión sexual o/y física a Lourdes , llegando a afirmar que ese día y hora ni tan siquiera la vio, y esta declaración exculpatoria, que, en principio, más bien, con carácter general, ha de ser valorada con reticencias, porque se trata del testimonio de una persona que tiene derecho a no decir la verdad, en la medida que está corroborada por ese dictamen pericial de ADN, en el sentido que hemos motivado y por el hecho de que la camiseta no estaba rota, con fundamento en las otras extrañezas y dudas que hemos expuesto, puede ser valorada a su favor, en la dirección que ha pretendido él y su defensa letrada.

Por otro lado, es verdad que, a partir de la declaración de los agentes de la Ertzaintza se puede estimar refutada su alegato en el sentido de que él procedía de la calle cuando estaban los agentes de la Policía Municipal de Vitoria-Gasteiz en el inmueble.

Estrictamente, hubiera sido conveniente que estos agentes depusieran en el plenario, porque fueron los que primeramente llegaron al lugar de los hechos, al ser requeridos por el padre de Lourdes , que llamó a la Policía, y podrían haber ofrecido información directa, objetiva e imparcial (al margen de la declaración del padre y del tío), sobre si el acusado llegó o no a la segunda planta procedente de la calle y se vio sorprendido por esa imputación de la comisión de un delito.

A pesar de ello, sobre la base de la declaraciones de los agentes de la Ertzaintza, como testigos de referencia, a los que los policías municipales les cuentan que el acusado se debe encontrar en el interior de su vivienda y desde luego no ha pasado cuando estaban ellos ya en el interior del inmueble, y de una testigo directa, en principio, ajena a los hechos, la ya aludida Sra. Daniela , que ve al acusado entrando en el piso y yendo a su habitación, y luego más tarde un morador abre la puerta (por ella u otra persona, lo que resulta indiferente) cuando llaman los ertzainas y el acusado estaba en su habitación, permite concluir que el acusado estaba en el interior de su piso, y no es cierto que llegara cuando ya estaban los policías municipales. Redunda en esta hipótesis, la idea de que el acusado incluso negó que fuera informado sobre la razón de la detención, lo que fue desmentido por aquellos ertzainas.

Ahora bien, analizada exhaustivamente esta situación, tampoco los testigos Aquilino y Javier explicaron de manera convincente cómo estando Amador con ellos en el descansillo del segundo piso, en un lugar como escondido (y no parece que hubiera algún sitio para ocultarse), habiendo una tensión entre al menos Aquilino y el acusado, en un momento determinado éste logró abrir la puerta de su vivienda y se introdujo en el interior de ésta, sin que ellos se lo impidieran.

En todo caso, como ha sentado la jurisprudencia del TC y del TS, Sala 2ª, aun asumiendo que en este aspecto más bien secundario el acusado no ha dicho la verdad, porque su versión es refutada, este rechazo de su versión puede ser valorado para corroborar una inferencia fáctica, obtenida por prueba directa o indiciaria, si ésta ha permitido establecer más allá de toda duda razonable la participación de una persona en el hecho delictivo imputado, pero, a diferencia de lo que a veces se estima, no puede ser ponderada para confirmar la hipótesis acusatoria, si valorando la prueba de cargo y de descargo ya se alberga la duda razonable.

En efecto, la ya citada sentencia del Tribunal Supremo número 120/18, de 16 de marzo de 2018 , en relación al valor que se ha de dar a la declaración del acusado señaló lo siguiente:

*" En este sentido en SSTS 573/2010 de 3 de junio , y 615/2016 de 8 julio , hemos recordado que la versión que de los hechos ofrece **el acusado constituye un dato que el Juzgado ha de tener en cuenta, pero ni aquél tiene que demostrar su inocencia, ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no resulta convincente o resulta contradicha por la prueba, debe servir para considerarlo culpable, pero su versión constituye un dato que el Juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente ( STC 221/88 y 174/85 )**.*

*Y en la STC 136/1999, de 20 de julio , se argumenta que "en lo concierne a las alegaciones, excusas o coartadas afirmadas por los acusados, importa recordar los siguientes extremos: a) la versión que de los hechos ofrezca el acusado deberá ser aceptada o rechazada por el juzgador de modo razonado ( SSTC 174/1985 , 24/1997 y 45/1997 ).*

*b) Los denominados conraindicios -como, vgr., las coartadas poco convincentes-, no deben servir para considerar al acusado culpable ( SSTC 229/1998 y 24/19997), aunque si pueden ser idóneos para corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada con apoyo en prueba directa o indiciaria, que se sumen a la falsedad o falta de credibilidad de las explicaciones dadas por el acusado (v.dr. SSTC 76/1990 y 220/1998 ).*





c) **La coartada o excusa ofrecida por el acusado no tiene que ser forzosamente desvirtuada por la acusación, ya que la presunción de inocencia exige partir de la inocencia del acusado respecto de los hechos delictivos que se le imputan, pero en absoluto obliga a dar por sentada la veracidad de sus afirmaciones (v.gr. SSTC 197/1995, 36/1996 y 49/19998, y ATC 110/19990).**

*En otras palabras: la carga de la prueba de los hechos exculpatorios recae sobre la defensa".*

*Por su parte, esta Sala tiene establecido que " las declaraciones del acusado tenidas por el Tribunal como carentes de crédito, y como excusas de escasa consistencia, es verdad que no tienen ciertamente valor como prueba de cargo, porque no es al acusado a quien compete probar su inocencia sino a la acusación desvirtuar la presunción de ella. Por lo tanto el escaso crédito de las explicaciones del acusado no incrementa el valor de la prueba de cargo, cuya capacidad como tal depende exclusivamente de su propio valor y eficacia. No hay más prueba de cargo porque sea menor el crédito de la de descargo. Pero ésta última cuando no es creíble mantiene íntegra la eficacia demostrativa de aquélla en cuanto que su valor probatorio como prueba de cargo no se ve contradicha eficazmente, en tal caso, por otra prueba de signo y resultado opuesto". ( SSTS 97/2009, de 9-2 ; 309/20009, de 17-3; y 1140/2009, de 23-10 )¿ "*

En este caso, según dicha jurisprudencia del TC y del TS, Sala 2ª, conforme a la prueba practicada y según hemos expuesto, a la declaración exculpatoria del acusado se le puede otorgar un valor de descargo, en la medida que está apoyada por aquella prueba pericial científica y otros datos, en los términos señalados.

En todo caso, si no se le concede tal valor, existiendo dudas razonables, no podemos considerarle culpable, porque no se haya ajustado a la realidad en cuando al hecho de que llegara cuando ya estaban los policías, en especial, cuando, como nos enseña la experiencia y la práctica judicial, en muchos casos un acusado miente, hasta en esos extremos que podría pensar que no va ser creído, precisamente por la amenaza de pena que se ciñe sobre él.

Retomando la valoración ya expresada en el punto anterior, en definitiva, existen dudas razonables sobre la comisión de los actos imputados por parte del acusado, y tales dudas, ex. art. 24.2 CE, han de provocar la absolución de éste, con los pronunciamientos inherentes a tal decisión, sin que, por ello, sea preciso en este caso que hagamos unos juicios valorativos y jurídicos sobre la tipificación de los hechos imputados, su autoría, la individualización de las penas y la responsabilidad civil, que obviamente, como es conocido, tienen como base que se estime probado sin vacilación que el acusado los llevó a cabo.

## **SEGUNDO.- COSTAS**

Conforme al art. 123 del Código Penal y 239 y 240. 2º de la LECr, declaramos de oficio las costas, al haber sido absuelto de los dos delitos por los que estaba acusado, y no constatar temeridad o mala fe en la actuación de la Acusación Particular.

## **FALLAMOS**

1.- Absolvemos a Amador del delito de agresión sexual y del delito de lesiones por el que habían sido acusado, con todos los pronunciamientos inherentes a tal absolución.

2.- Declaramos de oficio las costas del proceso.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de APELACIÓN ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ( artículo 846 ter de la LECr ).

El recurso se interpondrá por medio de escrito, autorizado por abogado/a y procurador/a, presentado en este Tribunal en el plazo de DIEZ DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de su notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

---

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo./Ilma. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.