

# TRIBUNAL SUPREMO

## Sala de lo Penal

**Sentencia 251/2021, de 17 de marzo de 2021**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 2439/2019

Ponente Excmo. Sr. EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

En Madrid, a 17 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación 2439/2019 interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia dictada el 28 de marzo de 2019 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía DIRECCION000 y DIRECCION001, Sala de lo Civil y Penal, en el Rollo de Sala Sumario Ordinario 111/2018 por el que se desestima íntegramente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 23 de mayo de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, en el que se absuelve a Pedro Jesús de un delito de abuso sexual a menor de 13 años de los artículos 183.1, 3.º y 4.º d) en relación con el artículo 74 del Código Penal. Ha sido parte recurrida, Pedro Jesús representado por don Juan José GARCÍA TORRES y bajo la dirección letrada de Don Miguel Ángel TORRES MARTÍNEZ y Raimunda (en nombre de su hija menor Sagrario), representado por la procuradora Doña María Josefa SANTOS MARTÍN bajo la dirección letrada de Don Juan ARÉVALO PÉREZ-FONTÁN.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

### ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado de Instrucción número 1 de Almería, incoó Procedimiento Abreviado 3/2017, por delito de agresión sexual contra menor, contra Pedro Jesús, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda. Incoado el Sumario 15/2017, con fecha 23 de mayo de 2018 dictó sentencia número 220/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"En fecha no determinada pero aproximadamente en el año 2011; Raimunda, tiempo después de la separación de su esposo Fabio, inició una relación sentimental con el procesado, Pedro Jesús; continuando Raimunda en su domicilio, sito en la C/ DIRECCION002 n o NUM000 de Almería, si bien también lo hacía en el domicilio del procesado, en la AVENIDA000 n o NUM001. De cualquier manera Raimunda siempre tuvo consigo a su hija, Sagrario, nacida el NUM002 de 2002.

El día 21/7/2.016, la menor, Sagrario, ingresó en el Grupo Educativo " DIRECCION003" de Almería como consecuencia de medidas cautelares adoptadas por la Fiscalía de Menores de Almería, a consecuencia de una agresión a su madre, por presunto delito de violencia doméstica.

El día 13/2/2.017 Sagrario solicitó mantener una conversación con la psicóloga del centro Educativo, durante la que le cuenta que ha sido objeto de diversos tocamientos y de comentarios obscenos por parte del procesado. Tras activar el correspondiente protocolo, ya en posterior entrevista llevada a cabo con la mencionada psicóloga el día 16/2/2.017, la menor les manifiesta que ha tenido relaciones sexuales con Pedro Jesús, narrándoles las circunstancias en las que acaecieron tales hechos, que, posteriormente son descritos por Sagrario en la denuncia presentada ante la Comisaría de Policía de Almería el día 1/3/2.017

De tal manera, mantenía Sagrario, que a partir de transcurrido un año de relación entre su madre y el procesado, éste comenzó a dirigirse a la misma, que en aquellos momentos debía de tener aproximadamente nueve años de edad, diciéndole "que guapa eres, que buena estás", "hay que ver cómo te han crecido las tetas", "a mí la que me gusta eres tú, no tu madre". Que en aquellos momentos cuando la menor le pedía a Pedro Jesús que le rascase los pies o la espalda, éste le manoseaba por las piernas, por sus partes íntimas, por sus pechos, mientras que ella se limitaba a quitarse las manos de encima.

Manifestó, igualmente, que Pedro Jesús le solicitaba mantener con ella relaciones sexuales, diciéndole que quería que le hiciera sexo oral y realizar el coito, a lo que siempre se negó. Que la primera vez que tuvo relaciones sexuales con penetración con Pedro Jesús lo fue a los trece años, continuando muchas veces sin oponer resistencia; una vez en casa de su abuela, y las restantes en la casa del procesado. Manifestó, así mismo, que éste le ofrecía, en muchos casos, sexo a cambio la entrega de dinero, dándole tras consumir el acto sexual 10 ó 15 euros, y posteriormente ofreciéndole haschis para su consumo a cambio de tales relaciones.

Mantenía que tal situación se prolongó hasta que, en verano de 2016, la menor (contando con 14 años de edad) y como consecuencia de un Expediente de Reforma seguido en la Fiscalía de Menores, entró interna en el Grupo Educativo de Convivencia DIRECCION003, donde finalmente se decidió a contar los hechos ocurridos.

No ha quedado concretamente establecido que el procesado participara o llevara a cabo tales hechos objeto de la denuncia."

2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos absolver y absolvemos al procesado en esta causa, Pedro Jesús, mayor de edad, de los delitos, ya definidos, objeto de acusación, uno continuado de abuso sexual en la persona de menor de trece años de edad y otro contra la salud pública, por los que venía acusado en concepto de autor."

3. Notificada la sentencia, la representación procesal de Raimunda (en nombre de su hija menor Sagrario), interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001, formándose el rollo de apelación 111/2018. En fecha 28 de marzo de 2019 el citado tribunal dictó sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que desestimando íntegramente el recurso de apelación formulado por Dña Raimunda, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, por indebidamente admitido a trámite, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda que confirman íntegramente".

4. Contra la anterior sentencia, el Ministerio Fiscal anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

5. El recurso formalizado por Ministerio Fiscal

1. Por infracción de ley, por la vía de los artículos 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, previsto en el artículo 24.1 de la Constitución y de la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos contemplado en el artículo 9 del mismo texto legal.

6. Instruidas las partes del recurso interpuesto, la representación procesal de Pedro Jesús, en escrito de 12 de julio de 2019, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo el motivo del recurso e interés confirmación de la sentencia de apelación, la representación procesal de Raimunda, manifiesta instruido de la causa. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 16 de marzo de 2021 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001 el día 28/03/2019, dictó sentencia por la que desestimó el recurso de apelación interpuesto por doña Raimunda, con la adhesión del Ministerio Fiscal, contra la sentencia absolutoria de 23/05/2018, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería.

En la sentencia dictada en apelación por el TJS se desestimó el recurso de apelación por dos motivos: En primer lugar porque, a juicio del tribunal de segundo grado, dicho recurso no debió haber sido admitido a trámite por personación extemporánea de la acusación particular, al entender que el artículo 20 de la Ley 1/2004 de 28 de diciembre permite a las víctimas de violencia de género personarse como acusación particular en cualquier momento del proceso, si bien dicha personación debe realizarse antes de que se haya dictado sentencia, y en este caso esa personación se produjo después a los solos efectos de la interposición del recurso de apelación, una vez dictada sentencia absolutoria en primera instancia.

Sin embargo, también se desestimó el recurso (FJ 2.º) porque, a juicio del tribunal de segundo grado, la absolución decretada en la instancia estuvo justificada por la ausencia de pruebas de cargo suficientes.

2. Tanto la Acusación Particular como el Ministerio Fiscal interpusieron sendos recursos de casación con idéntico contenido e invocando un único motivo de censura, si bien el recurso de la acusación particular fue inadmitido por extemporáneo, por lo que queda subsistente el recurso del Ministerio Fiscal.

En el recurso de casación no se cuestiona el fondo del asunto sino que el tribunal de segunda instancia haya desestimado el recurso de apelación interpuesto por la Acusación Particular (al que se adhirió el Ministerio Fiscal) adicionando en el fallo como fundamento o explicación de la desestimación la expresión "*por indebidamente admitido a trámite*".

En efecto, con apoyo en los artículos 852 de la LECrim, 5.4 de la LOPJ y 24.1 y 9 de la Constitución y después de justificar la legitimación procesal del Ministerio Público para recurrir en casación, como portador de interés público y en defensa de los derechos fundamentales, afirmación que no es controvertida, los dos recursos insisten en la idea de que el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2004, aprobada por Real Decreto Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, se aprobó con la expresa finalidad de "mejorar la participación de la víctima en el proceso penal", por lo que cuando dispone que la "víctima de violencia de género podrá personarse en cualquier fase del proceso" debe entenderse que ese precepto le habilita para recurrir una sentencia aunque no haya sido parte en el juicio y se señalan algunos precedentes de esta Sala en esa dirección (SSTS 18/2018, de 17 de enero y 665/2016, de 20 de julio), por más que ninguna de las dos sentencias que se citan se pronuncien en el sentido que afirma el recurso.

Se queja el recurrente, además, que si el recurso de apelación no debió ser admitido correspondía a las partes oponerse a su admisión y, caso de que no se les hubiere permitido apelar, recurrir en queja, siendo improcedente que el órgano de apelación, una vez admitido el recurso, analice de oficio esa cuestión y convierta la causa de inadmisión no contemplada en su momento procesal, como causa de desestimación en la fase decisoria del recurso.

3. La doctrina de esta Sala viene distinguiendo entre el trámite de formular acusación, que tiene un momento preclusivo ( artículo 110 de la LECrim), y el trámite de personación de la víctima, que puede hacerse posteriormente, incluso iniciado el juicio.

En la STS 665/2016, de 20 de julio, declaramos que "sin retroceder en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima, no hay obstáculo para que si ésta comparece en el juicio oral, acompañada de su abogado, se permita su personación "apud acta" incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas. Todo ello sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas o que se aparten del contenido estricto del proceso. En todo caso, la defensa podrá solicitar el aplazamiento de la sesión previsto en el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya aplicación se hará por analogía cuando las conclusiones se presenten al principio de las sesiones y no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones".

Este derecho que venía reconocido por la jurisprudencia ha sido sancionado y ampliado legalmente por el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en el que se dispone que "las víctimas de violencia de género podrán personarse como acusación particular en cualquier momento del procedimiento si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación, ni podrá suponer una merma del derecho de defensa del acusado".

Ningún obstáculo existe, y ese parece ser el designio del Legislador, para que una víctima de violencia de género, disconforme con el resultado de una sentencia en la que no ha estado personada, pueda recurrirla, todo ello sin perjuicio de los límites que puedan derivarse de su personación tardía en orden a la práctica de nuevas pruebas, planteamiento de cuestiones nuevas, etc., ya que lo que no puede admitirse es que una intervención procesal tardía pueda tener como efecto la retroacción de actuaciones o el planteamiento de peticiones o excepciones que puedan menoscabar los legítimos derechos de la defensa. Por lo tanto, procede la estimación del recurso.

4. La lectura de la sentencia permite comprobar que hubo un segundo argumento para la desestimación del recurso de apelación. Nos referimos al segundo fundamento jurídico de la sentencia impugnada en el que de forma complementaria y, a mayor abundamiento, según los términos de la propia sentencia, se sostiene la razonabilidad del criterio del órgano de enjuiciamiento en orden a la valoración de la prueba, haciendo un detallado análisis del cuadro probatorio para concluir que la prueba de cargo era insuficiente para un pronunciamiento de condena.

Sin embargo, la sentencia de apelación no dio cumplida respuesta, al menos, al otro motivo de apelación formulado de ahí que lo procedente sea la anulación de la sentencia para que el Tribunal Superior de Justicia conteste de forma completa al recurso de apelación. Lo que no procede es la respuesta que se ha dado al recurso, desestimándolo por negar la legitimación del apelante, cuando la ley habilita a quien es identificado como víctima del hecho a personarse y recurrir la sentencia.

5. De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben declararse de oficio las costas procesales causadas.

## FALLO

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

1. Estimar el recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia número 59/2019, de 28 de marzo de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001, anulando y casando dicha sentencia con devolución de los autos a dicho tribunal para que proceda a resolver el recurso de apelación formulado contra la sentencia de 23/05/2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería en los términos que acabamos de exponer.
2. Declarar de oficio las costas procesales causadas por los recursos interpuestos.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo Del Arco Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García