



Roj: **STSJ AS 47/2020 - ECLI: ES:TSJAS:2020:47**

Id Cendoj: **33044310012020100001**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2020**

Nº de Recurso: **1/2020**

Nº de Resolución: **2/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE IGNACIO PEREZ VILLAMIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J. ASTURIAS SALA CIV/PE

OVIEDO

**SENTENCIA: 00002/2020**

T.S.J. SALA DE LO CIV/PE DE OVIEDO

Domicilio: C/SAN JUAN, S/N - OVIEDO

Telf: 985988411 Fax: 985201041

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MHG

Modelo: N91190

N.I.G.: 33024 43 2 2018 0002112

ROLLO: RPL APELACIÓN RESOLUCIONES DEL ART. 846 TER LECRIM 0000001/2020

Juzgado procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCIÓN OCTAVA de DIRECCION000

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000015/2019

RECURRENTE: Pura

Procurador/a: MARIA ARANTZAZU PEREZ GONZALEZ

Abogado/a: LUIS FERNANDO DEL VISO ARIAS

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL, Augusto

Procurador/a: RUTH MUÑIZ RUBIO

Abogado/a: MONICA CASTRO CODINA

ROLLO DE APELACIÓN 1/2020

SENTENCIA Nº **2/2020**

Oviedo, a diez de febrero de dos mil veinte

EXCMO. SR. PRESIDENTE

JESÚS MARÍA CHAMORRO GONZÁLEZ

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. IGNACIO VIDAU ARGÜELLES

D. JOSÉ IGNACIO PÉREZ VILLAMIL



Visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Aránzazu Pérez González en nombre y representación de Dña. Pura , contra la sentencia, de fecha 27 de septiembre de 2019, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Octava, con sede en DIRECCION000 , en la causa PO N° 510/2018 del Juzgado de Instrucción N° 3 de DIRECCION000 , que dio lugar al Rollo de la referida Sección N° 15/19, formando Sala, en sede Penal, los Magistrados de la misma han pronunciado en nombre del Rey, la siguiente:

## SENTENCIA

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don José Ignacio Pérez Villamil.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se admiten los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de septiembre de 2.019, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Oviedo, con sede en DIRECCION000 , dictó en el citado procedimiento sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debemos de condenar y condenamos a Pura , como autora de un delito de abuso sexual continuado a menor de dieciséis años, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de cuatro años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular, y a que en concepto de responsabilidad civil ex delicto, indemnice al menor, por daño moral y en la persona de su progenitora como representante legal del mismo, en la cantidad de 300 €, con los intereses legales correspondientes."

TERCERO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de la condenada.

CUARTO.- En el trámite del artículo 790.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal solicitó la confirmación de la sentencia apelada, al igual que la representación procesal de la acusación particular.

QUINTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo y conformada la Sala y designado Magistrado Ponente conforme a las normas de reparto, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 6 de febrero de 2020. Ninguna de las partes ha solicitado la práctica de diligencias de prueba, no estimándose necesaria la celebración de vista que no fue solicitada por ninguna de las partes.

## HECHOS PROBADOS

Se admiten y se dan por reproducidos los hechos declarados probados de la sentencia apelada, con la modificación que luego se dirá, que son del siguiente tenor literal:

De lo actuado resulta probado y así se declara, que:

Durante el lapso temporal transcurrido entre comienzos del mes de enero y finales del mes de febrero del año 2018, el menor Florian inició una relación de noviazgo con la acusada Pura , que conllevó la convivencia de la pareja en Oviedo y en DIRECCION000 , realizando sus integrantes actos de naturaleza sexual conociendo la acusada que el menor tenía menos de 16 años, sin que haya podido acreditarse que mantuvieran relaciones sexuales completas.

Se suprime de los hechos probados la frase "conociendo la acusada que el menor tenía menos de 16 años", que se sustituye por "no resultó suficientemente acreditado que la acusada conociese que el menor tenía menos de 16 años".

## FUNDAMENTOS DE DERECHOS

PRIMERO. Sin entrar en mayores disquisiciones doctrinales sobre su verdadera naturaleza (podría cuestionarse su naturaleza de recurso ordinario al someterlo el legislador a motivos, aunque formulados de forma muy amplia, y limitar las facultades de revisión del ad quem respectu a las pruebas personales, sobre todo en las sentencias absolutorias), el recurso llamado de "apelación" por la ley 41/2015, de cinco de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el que se pretende generalizar la segunda instancia penal y que se plasma en el nuevo artículo 846 ter, con remisión en lo concerniente a su régimen jurídico a lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 (apelación de las sentencias dictadas en el procedimiento abreviado por los Juzgados de lo Penal), se corresponde, según la doctrina mayoritaria, con el modelo de apelación,



limitada "revisio prioris instantiae", pues el órgano superior o ad quem se limita a examinar y decidir el objeto sometido a examen revisando los elementos facticos y probatorios del juez de primera instancia.

La reforma de la L.E.Crim. operada por la Ley 41/2015, ha establecido regímenes de impugnación bien diferenciados, si tenemos en cuenta el motivo esgrimido, la pretensión ejercitada (de anulación o de sustitución de la condena o absolución por un pronunciamiento del Tribunal Superior contrario al de primera instancia) el sentido absolutorio o condenatorio de la sentencia impugnada y la consecuencia prevista por el legislador si el motivo es estimado por el Tribunal Superior.

SEGUNDO.- En el presente caso se impugna una sentencia condenatoria por un delito continuado de abusos sexuales a menor de dieciséis años, señalando el apelante como primer motivo impugnatorio, sin amparo procesal alguno: "Error en la apreciación de la prueba. Infracción por no aplicación del art. 14.1 CP. Sobre error de tipo.", (sic).

El motivo ha de incardinarse en el artículo 790.2 por remisión del artículo 846 ter.3 del La LECrim.

TERCERO.- El desarrollo del motivo lo que viene a cuestionar es que la acusada, que en síntesis acepta los hechos en lo concerniente a los contactos sexuales, conociese que la víctima tuviera menos de 16 años de edad y que tal conocimiento fuera previo al inicio de la relación de noviazgo.

Sobre este relevante particular, que afecta directamente a un elemento esencial del tipo penal del artículo 183.1, del Código penal, la sentencia apelada razona lo siguiente en su FD Séptimo, para descartar la concurrencia, en el presente caso, tanto del error de tipo como de error de prohibición ( art. 14.1 y 3 del CP): "... el argumentario o discurso propuesto [por la defensa] para fundamentar la propuesta de hecho que se ofrece resulta inacogible, puesto que tratándose de una circunstancia excepcional, el error debe estar plenamente acreditado, tanto como el hecho mismo enjuiciado, y en el caso enjuiciado considera este Tribunal no lo está dado que, en el transcurso del interrogatorio practicado durante la fase instructora de la acusada, la entonces investigada nada dijo acerca de que, cuando contactó por primera vez con el menor, al que según declaró conoció en febrero de 2018, supiera también la edad que tenía o siquiera tuviese interés en saber tal extremo, siendo en el plenario cuando, indagada acerca de los hechos, manifiesta que ignoraba tener el menor 15 años. Sin embargo, la progenitora del menor que formuló la denuncia origen de la causa, en el plenario, declaró que al día siguiente de conocer a la acusada, puso en conocimiento de ésta, una vez enterada del noviazgo, que su hijo era menor de 16 años y que la relación constituía un delito, siendo tales asertos corroborados tanto por propio el menor como por los propios testigos que depusieron a instancia de la defensa, de manera directa por el testigo Nazario , quien declaró conocía al menor y a la acusada- esta refiere que precisamente en casa de dicho testigo fue cierto se produjo un primer contacto con el menor-, añadiendo que la acusada sabía la edad del menor porque así se lo manifestó el mismo "antes de que fueran novios", sin que pueda cuestionarse no ya la razón de conocimiento del testigo referido sino también su credibilidad por el hecho de que se encuentre ingresado en un centro penitenciario, lo que no es causa justificativa para negar eficacia probatoria a dicha declaración cuando el testigo fue propuesto por la defensa, por lo que tal pretensión no puede sino ponerse en relación con el resultado que ofrece la diligencia probatoria analizada, no coincidente con los intereses de la defensa, y de forma indirecta mediante el testimonio de la testigo Ángeles , deponente que afirma haber presenciado como el menor acudía en ocasiones a zonas o lugares reservados para el acceso a mayores de 18 años y en otras si le pedían el DNI, y aun cuando la tesis defensiva analizada puede encontrar inicial corroboración en la declaración testifical de Asunción puesto que manifiesta que "cuando andaban de copas con el menor nadie les paraba ni les decía que no podía entrar y a todos les vendían alcohol" tales aseveraciones entran en abierta contradicción con las contenidas en las denuncias formuladas por posible delito leve de estafa, presuntamente perpetrados los hechos por la acusada y el menor durante el tiempo de su relación, donde los denunciante a la hora de describir a las personas a quienes denunciaron se referían al menor describiéndole como un joven y a la acusada como una persona que aparentaba ser la madre.

Además, como hecho notorio, sabido es sin necesidad de poseer conocimientos jurídicos, que mantener una relación de noviazgo con una persona menor de edad, lo cual conlleva en un orden lógico y normal de suceder las cosas, la realización de actos de naturaleza sexual, aunque no necesariamente como se dijo anteriormente, realizar el coito o acceso carnal ni, asimismo, alguna de las conductas descritas y sancionadas como específica modalidad de agravación, además de ser una conducta sancionada socialmente con la proscripción, es constitutivo de delito y la acusada mayor de edad, era plenamente conocedora de la edad y tenía en consecuencia conciencia de la antijuridicidad de los hechos, como así cabe racionalmente inferir de aquella plena capacidad derivada de su mayoría de edad, sin que hubiera alegado ni tampoco propuesto, bien durante la instrucción o como medio de prueba practicar en el plenario, la pertinente prueba pericial médica no necesariamente forense, tendente a acreditar el padecimiento de deméritos de naturaleza psíquica, afectantes a su capacidad procesal y excluyentes o limitativos de la responsabilidad penal, ni siquiera obra en autos el necesario sustrato documental que permitiera al Tribunal apreciar circunstancias modificativas de la



responsabilidad penal, y es relevante que haya negado ser consumidora de drogas así como encontrarse bajo los efectos de la previa ingesta de alcohol el día en que pernoctó en la vivienda que constituía el domicilio de su novio, cuando precisamente tal afectación la esgrime su letrado en la vista oral para justificar desconociera la edad de aquel o, cuando menos, tal estado impidiera comprender en todos sus términos las conversaciones mantenidas con la madre del menor al indicado día."

En definitiva el Tribunal de Instancia entiende, en síntesis:

- Que el error sobre la edad del menor, debe estar tan acreditado como el hecho mismo enjuiciado, y que era la acusada quien debía de probar el hecho negativo alegado.

- Que existe prueba suficiente de que la acusada sabía que la supuesta víctima tenía menos de dieciséis años. En concreto en el momento de los hechos enjuiciados quince años y cuatro meses.

Ello nos obliga a realizar un doble análisis. Por un lado determinar a quién corresponde la carga de la prueba del conocimiento de la edad del menor como elemento esencial del tipo penal, y, de otro, a precisar el alcance de nuestra revisión en relación con la que se dice prueba de cargo sobre este relevante dato.

CUARTO.- El tipo penal recogido en el artículo 183.1 del Código Penal, castiga al que "realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años". Con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, en vigor a partir del 1 de julio de 2015, la edad relevante para el consentimiento sexual de los menores era la de trece años.

En consecuencia se exige, como elemento nuclear, que los actos de carácter sexual se proyecten sobre menores de dieciséis años, (antes de la reforma trece), a los que el legislador niega toda capacidad para prestar un consentimiento jurídicamente válido en materia sexual. El elemento cronológico de la edad de la víctima, inferior ahora a dieciséis años, ha de quedar abarcado por el dolo del autor, por exigencias elementales que se desprenden de lo dispuesto en el artículo 5 del CP: "No hay pena sin dolo ni culpa". En definitiva el autor ha de conocer que la víctima no había alcanzado la edad de dieciséis años al desplegar sobre ellas las conductas sexuales.

Como destaca la STS 392/2019, de 24 de julio, "... la incardinación dogmática de tal aspecto intelectual ha de radicarse en la existencia de un error de tipo por parte de la acusada, que impide, en cuanto al dolo, el justo conocimiento de la situación fáctica relativa a ambos reproches penales, porque ambos exigen que la conciencia del autor tome en consideración la edad marcada cronológicamente por el Código Penal...".

En el mismo sentido La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Núm. 320/2017, de 4 de mayo, califica el error sobre la edad en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual como "error de tipo" del párrafo 1º del artículo 14 del C.P.

"La doctrina sobre el error como causa de exclusión del dolo error de tipo- o como presupuesto excluyente de la culpabilidad -error de prohibición- ha sido ampliamente abordada por esta Sala (cfr. SSTS 737/2007, 13 de septiembre; 411/2006, 18 de abril; 721/2005, 19 de mayo; 709/1994, 28 de marzo; 873/1994, 22 de abril, entre otras muchas). Conforme a esta idea, el error sobre la edad de la víctima en los delitos de abusos sexuales no debe ser etiquetado, en principio, como un error de prohibición ( art. 14.3 CP), sino como un error de tipo ( art. 14.1 CP). El delito por el que se formulaba acusación ... exige, a la vista del art. 183 del CP, afectado en su redacción inicial por las reformas operadas por las leyes orgánicas 11/1999, 21 de mayo, 15/2003, 25 de noviembre, 5/2010, 22 de junio y 1/2015, 30 de marzo, que el sujeto abarque con el dolo que la menor con la que está manteniendo relaciones sexuales es, en función del arco de vigencia de cada una de aquellas leyes, menor de 12, de 13 o de 16 años...

Tratamiento distinto merecen aquellos otros casos en los que el acusado, ya sea porque admite ser conocedor de la edad de la menor, ya porque concurren elementos probatorios más que fundados para inferir ese conocimiento, entiende que el mantenimiento de relaciones sexuales con una persona que ha alcanzado esa edad está permitido por el derecho. Es en estos casos en los que se dibuja la figura del error de prohibición, esto es, aquel que recae sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción criminal ( art. 14.3 CP). La doctrina de esta Sala, sin embargo, se ha mostrado muy restrictiva a la hora de admitir la equivocación acerca de la ilicitud del contacto sexual con niños. Hemos llegado a proclamar la existencia de un presunción iuris tantum respecto de las llamadas infracciones de carácter material o natural. Es evidente que la ejecución de actos sexuales con menores que carecen de capacidad de autodeterminación sexual, puede situarse, sin grandes esfuerzos argumentales, en esa categoría. El daño a la indemnidad sexual de un niño, cometido por quien convierte a éste en destinatario forzado o inconsciente de sus desahogos sexuales, no es, desde luego, cuestión menor. Hemos aceptado, sin embargo, el carácter invencible del error prohibitivo cuando el acusado, conocedor de que la niña con la que mantiene contactos sexuales es mayor, por ejemplo, de 13 años y ajena



al ámbito de la prohibición, queda inesperadamente abarcada en la norma prohibitiva como consecuencia de una reforma legal que eleva ese tope cronológico a la edad de 16 años (cfr. STS 782/2016, 19 de octubre)".

Conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (por todas STC 126/2011, de 18 de julio), "el derecho a la presunción de inocencia 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 los mismos". Por lo demás la presunción de inocencia tiene carácter pasivo, lo que significa que el acusado no necesita probar su inocencia y por ello, no tiene la carga de proponer las pruebas que acrediten su inocencia. La carga de la prueba recae sobre las partes acusadoras ( STC 70/1985, 105/1986, 120/1998, etc.).

Otra consecuencia o efecto del derecho a la presunción de inocencia, en íntima relación con la carga de la prueba en el proceso penal, es la prohibición de presunciones en contra del reo. En este sentido la STC 11/1999, de 14 de junio, seguida por la 87/2001, 233/2005, 316/2006 y otras), proclama que "en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del reo...".

Por lo tanto necesariamente la Sala ha de refutar el primero de los argumentos utilizados por la sentencia impugnada al poner de cargo de la acusada la prueba del hecho negativo del desconocimiento de que el menor no había cumplido la edad de dieciséis años. Al ser uno de los elementos constitutivos del delito objeto de acusación, era a las acusaciones a las que les correspondía acreditarlo con prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de la acusada que, como se dijo, abarca a todos los elementos esenciales del delito. En este caso, al conocimiento previo por parte de la acusada de la edad del menor con el que realizó "actos de naturaleza sexual" (los hechos probados no describen las concretas conductas desplegadas) "consentidos" (en el sentido de no forzados) por ambos.

QUINTO.- Corresponde ahora examinar el razonamiento probatorio expuesto por la Audiencia Provincial, antes transcrito, para determinar si el mismo conduce a inferir, razonablemente, la conclusión a que llegó el Tribunal "a quo" de que la acusada era conocedora de que la supuesta víctima era menor de 16 años, y si de ellos podemos extraer la "certeza objetiva" más allá de toda duda razonable sobre tal elemento esencial del tipo delictivo por el que resultó condenada.

La valoración de la prueba incriminatoria realizada por la Audiencia Provincial, en relación con este trascendental dato, (conocimiento por la acusada de la edad del menor al inicio de su relación), desde una concepción racionalista de prueba, no meramente persuasiva, es lo que cuestiona la apelante. Ciertamente esta Sala de Apelación no puede proceder a una revaloración de las pruebas personales como si se tratase de un segundo juicio contradictorio ("novum iudicium") pues lo impide el principio de inmediación. Nuestra capacidad revisora debe limitarse a la evaluación de la suficiencia de la prueba incriminatoria y a la razonabilidad de la valoración por el tribunal de instancia, que es precisamente a lo que debe circunscribirse el verdadero motivo impugnatorio alzado pro el apelante de "error en la apreciación de las pruebas" al que se refiere el artículo 790.2 de la LECrim.

El Tribunal Supremo en sus sentencias 369/2007, de 9 mayo, 503/2008, de 17 julio, 687/2012, de 19 septiembre, 485/2013, de 5 junio, y 695/2017, de 24 octubre estableció que "cuando se trata de pruebas personales, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que merecen quienes declaran ante el Tribunal corresponde al órgano jurisdiccional de instancia, en virtud de la inmediación". Es verdad que lo dijo ya en su día resolviendo recursos de casación en procesos de única instancia, pero también lo es que, después de la entrada en vigor de esta segunda instancia penal, sigue manteniendo, en relación a la limitación de la función revisora del juicio sobre la prueba derivada de la inmediación, que "esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal" ( ss. 1507/2005, de 9 diciembre, 51/2017, de 3 febrero, 376/2017, de 24 mayo, 669/2017, de 11 octubre, 682/2017, de 18 octubre y 826/2017, de 14 diciembre, entre otras muchas), y que, reiterando doctrina ya sentada en sentencias 378/2015, de 16 junio y 273/2017, de 18 abril, ha insistido en el auto 293/2018, de 22 febrero, dictado en recurso de casación contra sentencia de apelación de Tribunal Superior de Justicia, que la "valoración de la credibilidad de los testigos... corresponde en exclusiva al tribunal de instancia, por su privilegiada situación de poder percibir la prueba en su totalidad y directa e inmediatamente".

La misma garantía que la inmediación ofrece ha llevado también a la doctrina jurisprudencial a diferenciar, en el control casacional de la presunción de inocencia, "lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal



enjuiciador, como por el que desarrolla funciones de control "( ss. 1507/2005, de 9 diciembre; 826/2017, de 14 diciembre y 171/2018, de 11 abril, del Tribunal Supremo).

Aunque estas declaraciones se han producido en el contexto procesal del recurso de casación, la consideración latente en todas ellas del principio de inmediación justifica en buena medida su extensión al recurso de apelación y a la segunda instancia en que desemboca, en cuanto también el tribunal ad quem, competente para resolverla, carece de inmediación en la percepción y apreciación de las pruebas personales desarrolladas en el juicio oral. No se trata por ello de realizar en la apelación una nueva valoración del material probatorio reunido en el juicio, independiente y ajena a la efectuada en él, sino de comprobar la coherencia y racionalidad de la valoración ya realizada en la primera instancia por el órgano que presenció la prueba, tras verificar la validez y regularidad de su obtención y aportación, así como su entidad, consistencia y suficiencia como prueba de cargo enervadora de la presunción de inocencia.

La conclusión a la que llegó la Audiencia, declarando probado que la acusada conocía que el menor tenía menos de dieciséis años, no puede ser compartida por esta Sala de Apelación, al estimar que la argumentación transcrita no resulta razonable, por no ser compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y las pruebas de signo incriminatorios tenidas en cuenta para la condena, tal y como fueron valoradas por la Audiencia, se muestran insuficientes para desvirtuar aquella presunción constitucional.

En primer lugar señala la sentencia apelada que, la acusada, entonces investigada, nada dijo en fase instructora acerca del desconocimiento de la edad del menor. Lo cierto es que la primera denuncia que presentó la madre en la policía, el 16 de enero de 2018, fue por desaparición de su hijo del domicilio familiar tras causar diversos daños, y posteriormente, el 19 del mismo mes y año compareció nuevamente en Comisaría para relatar que su hijo regresó a casa acompañado de la acusada, que al ser preguntada por la edad le dijo que tenía 31 años y que era la novia de su hijo y que convivían juntos. Tras mantener una conversación con ambos, dice que informa a la acusada "que su hijo es menor de 16 años y que lo que están haciendo es un delito". Ello motivó que el Ministerio Fiscal presentase una denuncia ante el Juzgado de Instrucción en la que, tras relatar los hechos expuestos y sin ninguna referencia al mantenimiento de relaciones sexuales entre la pareja, califica indiciariamente los hechos como un delito continuado de inducción a menor de abandono de domicilio del 224 y 74 del Código Penal y de un delito de abuso sexual a menor de 16 años del artículo 183.1 y 74 del Código Penal.

Es a esta denuncia y a los hechos que la misma contiene a la que tiene que responder la investigada en su declaración ante el Juez de Instrucción (f. 42), en la que esencialmente se defiende de la imputación de inducción al menor al abandono del hogar familiar, manifestando que está con ella de forma voluntaria, y solo al final de la declaración señala "que no tuvo ningún tipo de abuso sexual respecto del menor", "que si es cierto que tuvieron relaciones voluntariamente". No consta que el Ministerio Fiscal hubiera comparecido a dicha declaración y tampoco que la declarante fuera interrogada por el tipo de relaciones, ni por el conocimiento de la edad del menor. Consecuentemente nada podía decir sobre algo sobre lo que no fue interrogada. En cualquier caso tal omisión no puede resultarle perjudicial.

La principal prueba de cargo, sobre el particular del conocimiento de la edad por la apelante, entiende la Audiencia que es testimonio de la progenitora del menor en la versión realizada en el plenario. Destacando que, al día siguiente de conocer a la acusada, puso en conocimiento de esta, una vez enterada del noviazgo, "que su hijo era menor de 16 años y que la relación constituía un delito". Sin embargo en la declaración ante la Policía (f. 9) dice que esa conversación la mantienen la misma noche en que la pareja llega al domicilio familiar y, pese a ello, les permite pernoctar juntos en la misma habitación. Versión que ratifica ante el Juez Instructor (f. 29).

Esta contradicción, que no fue valorada en el razonamiento que sobre la prueba de cargo hizo la sentencia impugnada, resulta, a juicio de esta Sala, relevante a la hora de otorgar credibilidad y fiabilidad a este testimonio, pues no parece muy coherente que quien tiene conciencia de la perpetración de un delito, abuso de su hijo menor, facilite la posibilidad de que el mismo continúe al dejarlos ocupar la misma habitación durante la noche. Pero es que, además, pugna con la lógica que, la testigo, pese a los cambios legislativos existentes en torno a la edad que el Código Penal contempla como determinante de la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual, (que antes era de trece años, y a partir del 1 de julio de 2015, entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de dieciséis), alguien profano en la materia tuviera un conocimiento tan preciso del carácter delictivo de la relación, sobre todo cuando, por lo denunciado, no consta que conociese que durante ella hubiese contactos sexuales. Pedagógicamente señala la STS 782/2016, de 19 de octubre, con el objetivo de apreciar en el supuesto enjuiciado la concurrencia de un error de prohibición invencible por desconocimiento de la ilicitud de la conducta, en los casos fronterizos desplegados en periodos de modificación legislativa de la edad a tener en cuenta para la concurrencia del delito del 183.1 del CP, en contraposición a la postura de vencibilidad del error, que esta "exigiría una consulta periódica de los boletines oficiales en los que se publican



las reformas legislativas". Conducta que no parece habitual en la testigo, que ni dio razón, ni fue preguntada sobre la fuente de tal información.

Sin embargo, a la hora de descartar la existencia de relaciones sexuales completas, la propia sentencia estima que, tanto las declaraciones de la madre como la del menor incurren en las referidas contradicciones "apreciando una absoluta falta de solidez de las manifestaciones inculpativas, que no pueden en modo alguno merecer el calificativo de persistentes, plurales, mantenidas en el tiempo y a lo largo del procedimiento sin cambios o alteraciones sustanciales, ambigüedades o contradicciones, sino todo lo contrario". Concluyendo que, en este particular, no concurre la "necesaria persistencia material en la inculpativa dadas las modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones inculpativas... por lo que carecen de la aptitud necesaria para generar el grado de certidumbre que precisa y requiera la emisión de un pronunciamiento inculpativo por el delito de abuso sexual agravado sancionado en el artículo 183.1 apartado 3 del Código Penal...". (FD Sexto).

Estos argumentos han de resultar necesariamente de aplicación respecto de la prueba del conocimiento de la edad por parte de la acusada, pues requiere el mismo grado de certeza objetiva que la existencia o no de relaciones sexuales completas o con penetración.

Señala también la Sala sentenciadora, como pruebas corroboradoras de que la madre puso en conocimiento de la acusada que "su hijo era menor de 16 años y que la relación constituía un delito", las propias declaraciones del menor y las de los testigos que depusieron a instancia de la defensa, de manera directa la de Nazario , y de forma indirecta las de los testigos Ángeles y Asunción .

El menor en la exploración practicada durante la instrucción, que no fue reproducida en el plenario, pero a la que alude la sentencia impugnada, respecto a la edad se limitó a decir que la acusada nunca le preguntó la edad que tenía, ni él se lo dijo, y que mantuvieron relaciones sexuales voluntariamente. En el plenario parece afirmar, a preguntas del Ministerio Fiscal, que la madre le dijo a la acusada que tenía quince años. No obstante cuando la defensa le manifiesta la contradicción con lo declarado en la exploración, dice que cuando la madre y la acusada supuestamente hablaron sobre la cuestión él no estaba presente y que fue su madre quien lo dijo posteriormente. En consecuencia nada corrobora esta declaración. Por el contrario genera más dudas sobre la fiabilidad de ambas testimoniales.

Lo que así afirma el menor, al que la sentencia, pese a tener quince años, reconoce "la suficiente madurez" (FD Sexto), es que antes de conocer a la acusada ya había mantenido relaciones sexuales.

El testigo Nazario , que declaró por primera vez en el plenario a instancia de la defensa, manifestó que él sabía que Florian tenía quince años y que se lo dijo a la acusada antes de que fueran novios. Pero tal advertencia, de la que tampoco da razón, casa mal con la circunstancia, también admitida por el testigo, de que el menor y la acusada se conocieron en su casa y que de inmediato los dejó solos, abandonando él la vivienda.

Por lo demás las declaraciones de los testigos Ángeles y Asunción , nada aportan, ni de forma indirecta como apunta la Sala sentenciadora, a la corroboración del conocimiento por la acusada de la edad real del menor. Por el contrario ponen de manifiesto que este, en sus actividades de ocio, se comportaba como los mayores.

El resto de argumentos empleados en la sentencia apelada son conjeturas, más o menos asumibles dependiendo de la moral sexual de cada uno, pero que pertenecen al ámbito de la subjetividad y que no pueden ser empleadas como inferencias de cargo para emitir un fallo condenatorio.

SEXTO.- Consecuentemente con lo expuesto procede estimar el presente recurso de apelación y absolver a la acusada del delito de abuso sexual continuado a menor de dieciséis años, por el que fue condenada por la sentencia impugnada, al no quedar suficientemente acreditado que conociese que el menor tenía menos de dieciséis años, tal y como exige el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

SOBRE LAS COSTAS.- Procede declararlas de oficio en ambas instancias.

VISTOS los textos legales citados y demás de general aplicación,

#### **FALLAMOS:**

Que estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Aránzazu Pérez González, en nombre y representación de Pura , contra la sentencia, de fecha 27 de septiembre de 2019, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Octava, con sede en DIRECCION000 , que se revoca íntegramente, absolviendo libremente a la acusada del delito continuado de abuso sexual a menor por el que resultó condenada. Sin imposición de las costas de ambas instancias.



Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ