



Roj: **STS 690/2022 - ECLI:ES:TS:2022:690**

Id Cendoj: **28079120012022100145**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2022**

Nº de Recurso: **933/2020**

Nº de Resolución: **131/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 131/2022

Fecha de sentencia: 17/02/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 933/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 933/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 131/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 17 de febrero de 2022.



Esta sala ha visto en el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Fidel**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación del anterior acusado frente a la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz con sede en DIRECCION004, de fecha 19 de julio de 2019, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador D. Fernando García De la Cruz Romeral y bajo la dirección Letrada de D. Enrique González de Vallejo Estrada, y la recurrida recurrida Acusación Particular Dña. Josefa en representación de de su hijo menor de edad Higinio, representada por la Procuradora Dña. Inmaculada Laya Martínez y bajo la dirección Letrada de Dña. Blanca Dorado Molina.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000 instruyó sumario con el nº 1/2018 contra Fidel, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en DIRECCION004, que con fecha 9 de julio de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"El acusado es Fidel, mayor de edad en cuanto nacido el NUM000 -1974, DNI NUM001, sin antecedentes penales y en situación de libertad provisional por esta causa. **SEGUNDO.-** Fidel utilizaba aplicaciones webs del tipo " DIRECCION001 " o " DIRECCION002 " para concertar contactos sexuales con otras personas. Fue a través de alguna de estas aplicaciones como contactó por primera vez con Higinio, nacido el NUM002 de 2002, y que se había registrado en dicha aplicación pese a que su uso está limitado a personas mayores de edad. Posteriormente, entre principios de mayo y primeros días del mes de Junio de 2017, Higinio, que tenía en esa fecha catorce años, y Fidel, quien sabía que Higinio no alcanzaba los dieciséis años, mantuvieron repetidas conversaciones de alto contenido sexual a través de la aplicación de telefonía DIRECCION003, entre la línea telefónica del acusado asociada al número NUM003 y el número del abonado del menor NUM004. En esas conversaciones, el acusado se presentaba como " Ricardo ", decía tener veintisiete años y ser enfermero de profesión, sin ser ello cierto. Asimismo Fidel solicitaba insistentemente al menor que le mandara fotos y vídeos de su cuerpo desnudo y a su vez el acusado enviaba al menor fotos de su cara y torso y también otras imágenes que mostraban órganos genitales masculinos. Entre otras, el 9 de mayo de 2017 remitió al menor una imagen de un pene en posición eréctil. También Higinio mandó al acusado fotos suyas mostrando cara y torso, y, ante la insistencia del acusado, también llegó a enviarle fotos en las que aparecía prácticamente desnudo aunque sin mostrar sus órganos genitales. **TERCERO.-** También a través de la aplicación de telefonía DIRECCION003 el acusado, sabiendo igualmente que el menor tenía menos de dieciséis años, concertó con Higinio dos encuentros para mantener relaciones sexuales, desplazándose a tal fin desde DIRECCION004 hasta la localidad de residencia del menor, DIRECCION000, en el vehículo de su propiedad Kia Sportage matrículaWKG. **CUARTO.-** El primero de esos dos encuentros tuvo lugar el 12 de mayo de 2017. Fidel recogió a Higinio en las proximidades de la plaza de toros de DIRECCION000, y en el vehículo del acusado fueron hasta un lugar apartado. En la parte de atrás del coche acusado y menor mantuvieron relaciones sexuales, penetrando analmente Fidel a Higinio, y realizando este último una felación a Fidel, que eyaculó en la boca del menor. Nuevamente el 17 de mayo de 2017, el acusado se desplazó a DIRECCION000, donde recogió a Higinio, y en un camino apartado mantuvieron relaciones sexuales también en los asientos traseros del vehículo de Fidel, con penetración anal del acusado hacia el menor, y penetración bucal mediante una felación del menor al acusado. En ambas ocasiones, el acusado tenía conocimiento de que la edad del menor no alcanzaba los dieciséis años. **QUINTO.-** Tras enterarse la madre de Higinio, de modo casual, de que había tenido relaciones sexuales con adultos, se producen en el menor alteraciones emocionales y conductuales que inciden en su equilibrio psicológico, habiendo precisado tratamiento psicológico, y posteriormente tratamiento psiquiátrico en el servicio de Psiquiatría y Salud Mental de la Infancia, Niñez y Adolescencia del Servicio Extremeño de Salud".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Condenamos al acusado Fidel, como autor penalmente responsable, de los siguientes delitos, en todos ellos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: 1.- de un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años del art. 183 ter.2 del Código Penal, en relación con el art. 74 de dicho código, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros a Higinio, a su domicilio, lugar de trabajo o cualesquiera otros lugares en que se encuentre, así como la prohibición de comunicarse con él por cualquier medio, por tiempo de TRES AÑOS. 2.- de un delito



continuado de abuso sexual a menor de dieciséis años del art. 183 ter.1, en relación con el art. 74 de dicho código, a la pena de DOS AÑOS Y TRES MESES de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros a Higinio , a su domicilio, lugar de trabajo o cualesquiera otros lugares en que se encuentre, así como la prohibición de comunicarse con él por cualquier medio, por tiempo de CUATRO AÑOS. 3.- de un delito continuado de abuso sexual a menor de dieciséis años tipificado en el art. 183.1 y 3, en relación con el art. 74 del Código Penal, a la pena de ONCE AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros a Higinio , a su domicilio, lugar de trabajo o cualesquiera otros lugares en que se encuentre, así como la prohibición de comunicarse con él por cualquier medio, por tiempo de DOCE AÑOS Y NUEVE MESES. Se impone al condenado la medida de libertad vigilada por tiempo de NUEVE AÑOS, conforme al art. 192.1 del C. Penal, así como la inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por tiempo de DIECIOCHO AÑOS Y SEIS MESES, conforme al art. 192.3. El condenado deberá indemnizar a Higinio en la suma de veinte mil euros, con el interés legal previsto en el art. 576 de la LEC. Las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, se imponen al condenado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 681.2 y 3 de la L.E.Crim, y para la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares, queda prohibida la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima y de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta. La presente resolución no es firme, y contra ella cabe Recurso de Apelación (art 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, recurso que habrá de interponerse dentro de los diez días siguientes al de la notificación de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el art. 790 de la Ley Procesal".

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que con fecha 21 de enero de 2020 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Se desestima el Recurso de Apelación interpuesto por el Procurador Sr. Sabido Moreno, en nombre y representación de Fidel , frente a la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz con sede en DIRECCION004 . Sentencia de fecha 19 de julio de 2019, con el rollo de Sala, nº 11/2018 y en su consecuencia, se confirma íntegramente, declarándose de oficio las costas devengadas en la tramitación de esta alzada. Notifíquese la presente Sentencia al Ministerio Fiscal, a las partes personadas y al apelante, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que se preparará, en su caso, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, ante esta Sala, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Fidel** , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Fidel** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Encuentra su base procesal, el primer motivo, en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse producido una vulneración de precepto constitucional, al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el ex artículo 24 de la Constitución Española; y en el artículo 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quebrantamiento de forma al haberse denegado las diligencias de prueba propuestas por esta defensa, en tiempo y forma, siendo pertinentes.

Segundo.- El segundo motivo encuentra su base procesal en el artículo 847.2º de la L.E.Cr. al haber incurrido la Sentencia de apelación en una infracción de ley al existir error en la apreciación de la prueba.

Tercero.- El tercer y último motivo del presente recurso, encuentra su base procesal en el art. 849 L.E.Cr., pues la Sentencia que estamos recurriendo incurre en una infracción de ley al haber declarado probado unos hechos habiendo infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular Dña. Josefa quien solicitó su inadmisión, quedando conclusos lo autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 16 de febrero de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación del acusado, Fidel , contra la Sentencia nº 2/2020, de fecha 21 de enero de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Extremadura.

SEGUNDO.- 1.- En base a los artículos 852 LECrim, por haberse producido una vulneración del derecho constitucional al derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE, y en el artículo 850.1º LECrim, por quebrantamiento de forma, al haberse denegado las diligencias de prueba propuestas por esta defensa en tiempo y forma, siendo pertinentes.

Hay que precisar, en primer lugar, que no es acertada la técnica casacional de plantear motivos con apartados, ya que los motivos deben interponerse de forma separada, y no con apartados, como en este caso se formula. El planteamiento de motivos con submotivos o apartados no supone una depurada técnica casacional ex art. 874 LECRIM por articularse de forma conjunta submotivos en un mismo motivo. En cualquier caso se analizan ambos.

a.- Vulneración del derecho constitucional al derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE, y en el artículo 850.1º LECrim, por quebrantamiento de forma, al haberse denegado las diligencias de prueba propuestas por esta defensa en tiempo y forma, siendo pertinentes.

Señala la parte recurrente que "Se planteó ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz la nulidad del auto de fecha de 10 de enero de 2019, la suspensión del acto del Juicio Oral y la retrocesión de las actuaciones, hasta el momento de presentación del escrito de defensa, y, posteriormente, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, volvió a solicitar la nulidad del citado auto, del juicio oral, y de la Sentencia 120/2019, interesando que se retrotrajese el procedimiento al momento anterior al de presentación del escrito de defensa, al haberse presentado el escrito provisional de defensa fuera de plazo y no haberse admitido las pruebas propuestas en él".

Pero, sobre todo, se reconoce que el procurador presentó el escrito de defensa fuera de plazo, aunque el letrado se lo entregó en plazo.

Se añade que "la Sala Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz dictó Auto en fecha de 10 de enero de 2019, en el que disponía que, tras haberse presentado fuera de plazo el escrito de defensa, "no ha lugar a pronunciarse sobre la prueba solicitada por la defensa de D. Fidel , sin perjuicio de la prueba que se proponga y se admita en la vista para practicarse en el acto". Y sostiene que "ha visto vulnerado su derecho de defensa al proponer una serie de testigos de los cuales carecía de datos tales como nombre completo, domicilio, etc., datos vitales que eran necesarios para el ejercicio de defensa, para que tales testigos hubiesen sido citados por el Juzgado y, por tanto, hubiesen comparecido al Juicio, ya que de lo contrario, como así ha ocurrido, esta parte no pudo llevar de la mano a tales testigos por no tener acceso a ellos el día de la vista, produciéndose una clara indefensión al acusado, cercenándose su derecho de defensa".

Pues bien, sobre esta cuestión ya se pronunció la sentencia de la Audiencia Provincial para responder a la cuestión previa formulada, señalando que:

"El escrito de defensa fue presentado fuera del plazo legalmente previsto en el art. 652 de la LECR, por lo que este Tribunal resolvió, por auto de 10 de enero de 2019, no haber lugar a pronunciarse sobre la prueba propuesta por la defensa de Fidel , sin perjuicio de la que se propusiera y admitiera en el acto de la vista oral para su práctica en dicho acto.... En este caso ninguna infracción procesal puede imputarse al Tribunal, pues constatándose que el escrito de defensa se presentado fuera del plazo legalmente establecido en el 652 de la LECR, en relación con el art. 649 de la misma se acordó no haber lugar a pronunciarse sobre la prueba extemporáneamente propuesta.

... Además, en el auto ya mencionado de 10 de enero de 2019 ni siquiera se cierra de modo absoluto a la defensa la posibilidad de proponer y practicar pruebas, al contrario, se hizo referencia expresa a que la decisión de la Sala lo era sin perjuicio de prueba que se proponga y admita en la vista para practicarse en el acto Y de hecho, la defensa reprodujo al inicio de las sesiones del juicio oral la' proposición de pruebas del escrito de defensa, y fueron admitidas todas las que se podían practicar en el acto del plenario (solo se rechazaron las testificales de dos personas que ni siquiera se identificaban, y la testifical de Geronimo , por no poderse practicar en dicho acto). Como se ve, no hay ni omisión de una norma esencial del procedimiento, ni tampoco indefensión material y real, sustancial o relevante, determinante de nulidad.



Todavía hay un argumento más, y especialmente relevante, que impide acoger la pretensión de la defensa, y es que la indefensión que pretende hacer valer, si es que se hubiera producido, ya hemos dicho que ni siquiera cabe apreciarla aquí únicamente sería imputable a la propia parte, pues expresamente admitió el letrado de la defensa que el escrito de defensa se presentó fuera de plazo ante el Tribunal, sin que quepa admitir como justificación de tal proceder el hecho de que, como dijo dicho letrado, se hubiera remitido en plazo al procurador que representa al procesado en esta causa; en definitiva, ha sido la inactividad o falta de diligencia procesal de la parte la única y exclusiva razón por la que se habría producido esa indefensión que ahora se alega."

Y ante el planteamiento de esta cuestión ante el TSJ la misma fue también denegada, apuntando que:

"El criterio que la Sala realiza del art 652 LECR, no es restrictivo sino que se acomoda a la legalidad. La ausencia de presentación en el plazo prefijado legalmente no era achacable al funcionamiento del Tribunal o de los órganos judiciales sino a la propia parte, pero es que además y ahí conecta con el otro criterio, el hecho de la denegación o de la no aceptación de prueba, fue irrelevante ya que el Tribunal en el acto del juicio admitió aquellas que pudieron practicarse y las que no, se demuestran o mal propuestas o irrelevantes a los efectos que nos ocupa y así se explica en el fundamento primero de la propia sentencia."

Pues bien, en este caso ante el planteamiento de esta primera cuestión hay que precisar que hemos reiterado en esta Sala del Tribunal Supremo que ante el alegato de indefensión en este tipo de casos debe reconducirse la exposición a la indefensión material, no a la formal. Y ello en tanto en cuanto debe explicarse con detalle por parte de quien la alega en qué medida la indefensión material se ha producido, no siendo válida la alegación de la formal sin trascendencia de eficacia en la real indefensión de imposibilidad de ejercicio del derecho de defensa.

Lo importante en este caso es que el transcurso del plazo para presentar el escrito de defensa lo que conlleva es entender que se opone a la acusación y respecto de la prueba que podrá proponerle al inicio del juicio oral, tal y como se prevé en la LECRIM en el art. 786.2 aplicable al sumario, siguiendo su curso el procedimiento.

La clave de la indefensión material está en la exigencia de que se haga constar la trascendencia de la inadmisión a tenor de la prueba que se propone.

Es por ello, por lo que no se trata tanto de si se debió admitir un escrito de calificaciones provisionales presentado, como se ha reconocido de forma expresa, nada menos que "fuera de plazo" y la prueba en este propuesta, sino en qué medida ello provoca indefensión material, ya que la defensa se pudo llevar a cabo en el plenario, como así ocurrió y se le dio oportunidad de aportar en ese acto, como se le advirtió con la debida antelación, las pruebas que estimara convenientes.

Y la clave la da el TSJ cuando apunta que "el Tribunal en el acto del juicio admitió aquellas que pudieron practicarse y las que no, se demuestran o mal propuestas o irrelevantes a los efectos que nos ocupa y así se explica en el fundamento primero de la propia sentencia."

Es decir, que en este caso concreto no puede hablarse de indefensión material cuando el tribunal admitió las pruebas que podrían practicarse, pero las no admitidas, o eran irrelevantes, o estaban mal propuestas. Pero en todo caso la clave está en que no se hace constar, aunque ello forma parte del segundo apartado de este motivo, en qué medida la mera indicación de testigos sin identificar podría haber cambiado el sentido de la sentencia; es decir, la pertinencia, necesidad, pero, sobre todo, la relevancia de la prueba propuesta y no admitida en relación al resultado de la sentencia y su "capacidad" para influir en el resultado producido. Aquí está la clave de la indefensión material que se alega y no puede ser admitida por no haberse explicado la "trascendencia de la inadmisión".

Por ello, cuando se alegan estas circunstancias de no admisión de escritos o denegación de pruebas el análisis del motivo del recurso debe hacerse ex post a la sentencia; es decir, analizando la sentencia y fijando en qué medida la misma hubiera sido alterada por la influencia de la alegación o cuestión que se postula, no suponiendo la vulneración de la tutela judicial efectiva el mero aspecto formal de la denegación del escrito de defensa, o la denegación de prueba, ya que esta se concedió que podría ser presentada por la vía de la propuesta y que lleve la parte el día del juicio oral, tanto en el sumario ordinario, como en el procedimiento abreviado, como se ha reiterado por esta Sala, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 116/2018 de 12 Mar. 2018, Rec. 551/2017, y, muy recientemente, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1004/2021 de 17 Dic. 2021, Rec. 88/2020).

En este sentido, con respecto a la prueba que se proponía se le dio la oportunidad que la llevara el día del juicio, ya que el sistema cambia si se propone la prueba en legal plazo que si no se hace así, permitiendo la norma y la jurisprudencia hacerlo el mismo día del juicio.



Ahora bien, cuando se efectúa la queja por la indefensión material en esta fórmula, los parámetros de la queja casacional no pueden referirse, como se hace en este caso, al aspecto formal de no admisión del escrito, y con ello de la prueba propuesta, sino a:

- a.- El análisis de la queja ex post a la sentencia señalando en qué medida la alegación y la denegación del tribunal hubiera alterado el sentido de la sentencia.
- b. Además, debe exponerse la prueba no admitida y su trascendencia.
- c.- La clave no está en el aspecto formal de la queja, sino en la "trascendencia de la inadmisión" en el sentido de explicar el cambio que se hubiera producido de admitir lo propuesto.
- d.- Si se trata de testigos denegados en qué medida las preguntas que se entregaron al tribunal del juicio ese día hubieran podido alterar la valoración de la prueba. Es preciso, pues, aportar y reseñar qué preguntas se iban a hacer al testigo cuya práctica de prueba se deniega.
- e.- Lo mismo respecto de los documentos citando en el juicio cuáles eran a los efectos de valorar en la apelación y casación su trascendencia probatoria tras el examen de la sentencia y cómo estos la hubieran podido cambiar.
- f.- Y lo mismo respecto a la prueba pericial.

Pero, y esto es lo importante, no puede predicarse que el transcurso del plazo para la defensa, sea por el procurador o por el letrado, -y por ello incumplido por la propia recurrente- le provoca una indefensión material cuando la infracción ha sido de la parte; y, más aún, cuando las pruebas pudieron aportarse en el acto del juicio, debiendo correr en el "debe" de la parte, y no del tribunal, el fallo ocurrido a la hora de presentar un escrito, ya que si no fuera así también podría en otros casos alegar la acusación particular que se le causa indefensión si lo presenta fuera de plazo, cuando en la actualidad en este caso lo que se le permite tras la LO 8/2021, de 4 de Junio que modificó la LECRIM en el art. 110 es adherirse al escrito del fiscal, pero sin ampliar hechos ni proponer prueba, salvo la que pudiera aportarse el mismo día del juicio, al señalar que *Si se personasen una vez transcurrido el término para formular escrito de acusación podrán ejercitar la acción penal hasta el inicio del juicio oral adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones personadas.*

Es por ello, que dar curso al procedimiento señalando que puede presentar pruebas al inicio del juicio oral, y dando por entendido que existe oposición a la acusación tampoco suponen una limitación en los mecanismos de defensa del imputado, ya que al inicio del juicio oral es posible que se proponga prueba y en el desarrollo del juicio oral se mantendrá el principio de contradicción procesal y el trámite de conclusiones e informe de la defensa, lo que no deja en modo alguno indefenso al acusado. Y ello, pese a que ha sido su actuación, o la de los profesionales, la que le ha dejado sin la opción de que consten por escrito sus alegaciones frente a las de las acusaciones.

Así las cosas, las amplias opciones que se le conceden a la defensa para subsanar la no presentación del escrito conllevan el rechazo a que pueda entenderse vulnerado el derecho fundamental a la defensa que tiene toda persona que es acusada de un hecho delictivo. Con todo, las dos conclusiones básicas que de lo expuesto se desprenden en el sumario son las siguientes:

- a.- En el sumario se puede proponer prueba al inicio del juicio oral en el modo y manera previsto en el art. 786.2 LECrim.
- b.- La no presentación del escrito de defensa, en cualquier caso no evita que suponga, también, oposición a la acusación que se expondrá en el plenario. El derecho de defensa queda incólume y la opción de llevar pruebas al juicio. La no presentación del escrito de defensa se entenderá, pues, que se opone a las acusaciones.

Pero el día del juicio no puede pedir la suspensión para que se cite a testigos que propone en ese acto si no los ha llevado la defensa, al igual que peritos y/o documentos.

Por ello, no cabe admitir que se trate de pruebas indebidamente denegadas, pues han sido presentadas fuera de plazo, porque uno de los requisitos exigidos es que la prueba propuesta lo sea dentro de plazo, y este requisito no concurre en este caso. No se trata, con ello, de que se trate con "benevolencia" este tema de admitir escritos fuera de plazo con proposición de prueba, sino que se le dio opción de acudir a la vía de llevarlo a cabo el día del juicio, pero con los límites de esta opción ya conocidos por la defensa, ya que el error fue de la parte, no pudiéndose achacar indefensión por actuación del órgano judicial.

Si existe queja de la prueba propuesta y denegada hay que plantearlo desde la perspectiva de la pertinencia y necesidad, así como de la trascendencia de la inadmisión ex post a la sentencia en el seno de la indefensión material atinente a qué prueba era.



Por otro lado, además de los presupuestos exigentes cuando se plantea la denegación de prueba debemos destacar la necesidad de la referencia obligada al contenido específico y detallado de la prueba propuesta y denegada, a fin de valorar el alcance y trascendencia de la inadmisión en relación con el análisis ex post de la sentencia, porque la mera denegación formal de la prueba no es causante de indefensión material por sí misma, sino el contenido de la propia trascendencia específica e individualizada de la denegación en relación a lo que pudo ser el resultado de la prueba. Por ello, -y esto es importante- la parte ni tan siquiera hace mención a la individualización del contenido de en qué medida, con respecto a una determinada prueba, ello le causa indefensión material.

Con ello, no se puede convertir un defecto de la parte en la presentación de escritos procesales con un presunto o pretendido defecto del órgano judicial, y más aún cuando se le traslada que pueda reunir su prueba y su presentación al inicio del juicio oral, pero en las condiciones que se marca por la norma jurídica referida a que estas pruebas sean llevadas en el día señalado para el juicio por la propia parte, pero sin posibilidad de una previa tramitación procesal de localización de identidad de testigos y domicilios por el órgano judicial por medio de su oficina judicial.

Además, dado que se trata en la queja de prueba denegada es preciso recordar la doctrina al respecto, y, por ello, con respecto a la prueba propuesta y denegada esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 307/2019 de 12 Jun. 2019, Rec. 931/2018 señala que:

"Hay que precisar que se deben seguir por las partes los siguientes criterios de actuación y que deben ser explicados en el recurso y actuaciones concretas que deben ser realizadas, incluso, de forma preceptiva en la sede del plenario:

1.- Petición de suspensión del juicio y protesta si una prueba admitida no se practica:

Que si se trata de incomparecencia de la testigo propuesta y admitida el día del juicio se interesó la suspensión del juicio, y ante la negativa se formuló protesta.

La necesidad de protesta viene exigida por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de puntualizar que no solo es requisito para la casación penal por quebrantamiento de forma, sino que su ausencia ya es motivo suficiente por sí sola como para que el recurso sea inadmitido. En tales términos se expresa el art. 884.5.º LECrim. que señala que el recurso será inadmisibles "en los casos del art. 850, cuando la parte que intente interponerlo no hubiese reclamado la subsanación de la falta mediante los recursos procedentes o la oportuna protesta".

El requisito de la falta de protesta no es un requisito de mera formalidad ritual, sino que patentiza un desacuerdo con la decisión judicial tomada, y por tanto una falta de aquietamiento con aquel pronunciamiento. Por ello, su ausencia debe ser interpretada inequívocamente como conformidad que no puede ser mudada ni cuestionada a su libre albedrío en la sede casacional.

2.- Formulación de las preguntas que se iban a hacer al testigo.

Que se hagan constar las preguntas que se iban a formular al testigo incomparecido, al objeto de acreditar la "necesidad" de su práctica, y, por ello, su consideración de "testigo de cargo o descargo".

3.- Explicación de las razones que afectan al ejercicio del derecho de defensa por la no admisión o no práctica de la prueba.

Es esencial que, ante la no práctica de la prueba propuesta y admitida, o ante la propuesta al inicio del juicio oral por la vía del art. 786.2 LECRIM la parte explique y exprese las razones que infringen el derecho de defensa, a fin de acreditar que la prueba era "necesaria", o si se trataba de la propuesta al inicio del juicio, además, "pertinente".

Como señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1373/2009 de 28 Dic. 2009, Rec. 703/2009 "de no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, ya que el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca a meras infracciones de legalidad que no hayan generado una real y efectiva indefensión.

En tal sentido, SSTs 1092/94 de 27 de Mayo, 336/95 de 10 de Marzo, 48/96 de 29 de Enero, 276/96 de 2 de Abril, 649/2000 de 19 de Abril, 1213/2003, 474/2004, 1545/2004 de 23 de Diciembre, 1031/2006, 1107/2006 y 281/2009.

Del Tribunal Constitucional, además de las más arriba citadas, se pueden añadir las SSTC 51/85 de 10 de Abril, 212/90 de 20 de Diciembre, 8/92 de 11 de Junio; 187/96 de 25 de Diciembre; 258/2007; 152/2007 o 121/2009 y del TEDH casos Bricmont, Kotovski, Windisch y Delta, entre otros".



Como señalamos, también, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017 "Ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada" era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución.

Es carga de la argumentación del recurrente por cuanto se traduce en la doble exigencia siguiente:

a.- El demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas.

b.- El hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa".

4.- La pertinencia de la prueba propuesta al inicio del juicio oral.

Respecto de la pertinencia de la prueba propuesta al inicio del juicio oral se debe destacar, como afirma la doctrina, que la prueba propuesta debe ser pertinente, entendida como oportuna y adecuada en relación con la cuestión debatida en el proceso [STS núm. 1025/2010 de 23 de noviembre]. La "pertinencia" es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye *thema decidendi*, o, también, el tema *adiuvandi*, o juicio de oportunidad o adecuación. Se predica pertinente de una prueba, en el sentido de concerniente o atinente a lo que en el procedimiento en concreto se trata, es decir, que "venga a propósito" del objeto del enjuiciamiento, que guarde auténtica relación con él.

Como exponemos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1373/2009 de 28 Dic. 2009, Rec. 703/2009 la defensa no viene obligada a que *ex ante* deba mostrar su línea de defensa, pero cuando de denegación de prueba se trata, y más si se trata de testificales deberá acreditar la calidad de las informaciones que el testigo va a presentar en el Plenario como presupuesto para que la Sala pueda tomar conocimiento de la necesidad de oírle. Como recuerda la STC 121/2009, para que exista una indefensión material con alcance constitucional la parte concernida debe justificar que era decisiva para la defensa, esto es, que hubiera tenido influencia decisiva en la resolución del asunto, lo que "....se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acreditó, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas.... ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso haber sido otro, si la prueba se hubiese admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa....".

Hay que especificar, también, con relación a las distintas pruebas que pueden proponerse al inicio del juicio oral que:

a.- Si se trata de testigos y se inadmiten, qué quería probarse y qué preguntas se iban a hacer.

b.- Si se trata de documentos y se inadmiten qué documentos querían aportarse y para probar qué extremo.

c.- Si se trata de pericial, y se inadmite qué extremo quería probarse y con qué finalidad.

Lo mismo habría que hacer en el caso de que los testigos o peritos propuestos y admitida su prueba no comparecen y pedida la suspensión del juicio el juez o Tribunal no acuerda la suspensión.

5.- La prueba debe ser "necesaria".

Destaca la doctrina que la prueba denegada debe tener el carácter de necesaria, además de los restantes caracteres enumerados [STS núm. 1139/2010 de 24 de noviembre].

Es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión. Alguna resolución señala que la necesidad de la prueba tiene el doble sentido de su relevancia y su no redundancia. No toda prueba declarada pertinente resulta necesaria e imprescindible en el momento de mantener las tesis respectivas de la acusación y la defensa. En la práctica habrá que evaluar cada caso teniendo en cuenta el resto del material probatorio de que se dispuso y la incidencia que la prueba denegada tuviese en la formación de la convicción de órgano decisor para configurar la resolución definitiva del proceso.

La prueba denegada resulta inoperante cuando el veredicto está basado en el resto de la actividad probatoria desplegada y su carencia no ha suscitado ni movido la operación intelectual que lleva a la decisión impugnada.



Si la prueba denegada resulta desvalorizada y sin trascendencia no se llega a producir vulneración del derecho a utilizar todos los medios de prueba que se estimen pertinentes y no se habrá producido una verdadera indefensión de la parte afectada.

No es la prueba pertinente indebidamente denegada sino la prueba necesaria indebidamente denegada la que puede dar lugar a la indefensión con relevancia constitucional [STS núm. 771/2010 de 23 de septiembre].

6.- *Diferencia entre prueba pertinente y necesaria.*

a.- Prueba pertinente es la que es oportuna y adecuada en relación al objeto del asunto a debatir en el juicio oral. Ya debemos advertir que solo se produce la lesión al derecho constitucional de proponer pruebas cuando las inadmitidas sean, además de pertinentes, necesarias. El juicio de pertinencia, es un juicio previo del Tribunal sobre el medio de prueba cuestionado, el juicio de relevancia es un juicio a posteriori, sobre la necesidad de la prueba a la vista del acervo probatorio existente (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1373/2009 de 28 Dic. 2009, Rec. 703/2009).

b.- Prueba necesaria es la que se manifiesta como indispensable y forzosa, y por tanto relevante en relación a la solución dada al caso enjuiciado y que por ello debió ser conocida por el juzgador para formar su convicción en relación a la decisión adoptada.

Respecto del juicio de pertinencia no ocurre lo mismo con el juicio de relevancia o de necesidad que supone un doble enfoque:

b.1.- Uno relativo a los requisitos formales necesarios para su práctica e impugnación y

b.2.- El aspecto material relativo a la potencialidad de la prueba denegada para poder haber tenido incidencia en el fallo.

El aspecto formal se refiere a la proposición de la prueba temporáneamente, y en su protesta en caso de desestimación. Pues bien, tratándose de testigos, además de la protesta, que consta en el acta del Plenario, es lo cierto que no se hicieron constar las preguntas que se le iban a formular al testigo, lo que constituye el presupuesto para poder analizar su necesidad, cuando de la cuestión conoce esta Sala casacional. En efecto, si no se argumenta sobre su necesidad por el proponente de la prueba, se priva a esta Sala de disponer de los argumentos correspondientes para adoptar la decisión correspondiente.

7.- *La prueba debe ser entendida como "relevante".*

Señala la doctrina que la relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia. No obstante, aun pertinente una diligencia de prueba, cabe la denegación de una prueba propuesta cuando sea innecesaria, si la prueba producida ha alcanzado una fuerza de convicción que no pueda ser conmovida en forma alguna por las declaraciones del testigo ausente.

Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas, sino también las demás pruebas ya practicadas y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

Como quiera que el derecho a la prueba no tiene un carácter absoluto o ilimitado, no se produce menoscabo de su garantía por la inadmisión de algún medio probatorio propuesto en aplicación estricta de las normas legales (STC 246/2000). Y además y como sostiene la STC 35/2001, tampoco toda irregularidad procesal en materia de prueba conduce a entender producida en todo caso una lesión del derecho de defensa en el sentido de comportar una indefensión efectiva.

8.- *La prueba debe ser "posible".*

Es preciso que sea "posible" la práctica de la prueba propuesta, como exigen las Sentencias de 23 de abril de 1992 y de 7 de febrero de 1995, y como reitera la de 21 de marzo de 1995 "en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas" (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017).

9.- *Debe explicarse la influencia que tendría o hubiera tenido la prueba en el juicio.*



Sin embargo, deberá estimarse la alegación por infracción del art. 850.1.º LECrim. cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito.

10.- La trascendencia de la inadmisión.

La clave en la no práctica de una prueba se centra en lo que se denomina la trascendencia de la inadmisión a los efectos del ejercicio del derecho de defensa.

Debe, por ello, explicarse en el recurso cuál fue la trascendencia de la inadmisión, o de qué se privó a la parte probar que hubiera sido "decisivo" a la hora de conseguir un fallo distinto al que se dictó.

Así, como ya explicamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 645/2017 de 2 Oct. 2017, Rec. 2291/2016, "ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución.... carga de la argumentación que se traduce en la doble exigencia de que el recurrente acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa".

Se trata de "diez mandamientos" que deben observarse en la proposición y práctica de la prueba, a fin de ser rigurosos a la hora de exponer en qué medida esa inadmisión fue decisiva en los términos de defensa".

En este caso, no ha habido una indefensión material, ni tampoco formal.. Y, además, si no se hace mención al tipo y clase de prueba difícilmente es posible evaluar las exigencias de esta doctrina en cuanto a pertinencia, necesidad y trascendencia de la inadmisión.

En cualquier caso, hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo, 795/2014 de 20 Nov. 2014, Rec. 10106/2014 que: "Es reiterada la jurisprudencia constitucional que establece que "es necesario que la indefensión alegada sea imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales y que tenga su origen inmediato y directo en tales actos u omisiones; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan" (entre otras muchas, SSTC 101/1989, de 5 de junio, FJ 5 ; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 87/2003, de 19 de mayo, FJ 5; 5/2004, de 16 de enero, FJ 6; 141/2005, de 6 de junio, FJ 2; 160/2009, de 29 de junio, FJ 4; 12/2011, de 28 de febrero, FJ 5; y 57/2012, de 29 de marzo, FJ 2).

Más concretamente la primera de las resoluciones citadas, la STC 101/1989, también en relación con la preclusión del trámite para calificar, precisa:

El derecho a la defensa y asistencia letrada, reconocido por el art. 24.2 de la Constitución, garantiza que las partes que intervienen en los procesos judiciales sean representadas y defendidas por profesionales libremente elegidos o, en su caso, nombrados de oficio, y bien se comprende que ese derecho no puede ser desconocido o afectado cuando se interviene en una causa penal con Procurador y Abogado y el órgano no ha realizado u omitido acto alguno dirigido a impedir o limitar su actuación, ni puede derivarse lesión alguna al mismo de la decisión judicial de precluir un trámite procesal, que no ha sido cumplimentado en el término señalado. Indefensión que de existir deriva de la propia inactividad de parte".

Se desestima el primer apartado.

b.- Pruebas no admitidas el día del juicio.

En el segundo apartado formulado en el motivo se alega que se denegaron unas pruebas propuestas por la defensa:

- Documental del informe pericial forense contradictorio, emitido por Don Felipe , Psicólogo clínico y Neuropsicólogo, Psicólogo Forense Col. NUM005 .

- Testifical de los siguientes testigos:

1. Geronimo (folio 4 del Atestado Policial). Investigado en la misma causa, y por los mismos delitos que el recurrente.

2. Tía materna de Higinio , Sr. Josefa , de la cual se desconocía su nombre por haber sido mencionada únicamente en las conversaciones de Whatsap.



3. Amiga de Higinio , Victoria , cuyo nombre completo no se pudo aportar por desconocimiento, haciendo referencia a ella a través de la grabación efectuada en sede judicial que consta en el vídeo número 4 de la instrucción.

Sin embargo, se vuelve a incidir en los defectos ya observados, al cuestionar que no se admitió determinada prueba, pero se refiere solo al aspecto formal de la denegación, no explicándose en modo alguno en qué medida la denegación determina la trascendencia de la inadmisión, mediante un análisis de la sentencia ex post a la denegación y la medida en la que la prueba que se expone hubiera producido una alteración relevante de la sentencia. Y tampoco en relación a la pertinencia y necesidad de la prueba propuesta. Solo que se inadmite la prueba y ello no es determinante de indefensión por sí mismo.

En cualquier caso, hay que señalar que la Sala admitió todas las pruebas que se podían practicar en el acto del plenario, siendo sólo rechazadas las testificales de dos personas que ni siquiera se identificaban, y la testifical de Geronimo , otra persona mayor de edad que al parecer mantuvo relaciones sexuales con el menor, pero que nada tiene que ver con el asunto que nos ocupa. Por lo tanto en ningún caso se le ha causado indefensión.

Pero es que, además, respecto a la pericial de Felipe , la propia parte reconoce que ha declarado en condición de testigo-perito y así lo reconoce incluso el propio recurrente, en el folio nº 25 del escrito de recurso.

Por ello, el recurrente pudo presentar las pruebas que tuvo por conveniente en el acto del juicio oral y así lo hizo, habiéndosele denegado la práctica de las tres testificales y que en cualquier caso no presentaba ninguna trascendencia para el debido enjuiciamiento de los hechos, además de no explicarse, como decimos, la medida de la pertinencia y necesidad de la prueba en ese análisis ex post a la sentencia.

Se destaca, así, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017 que:

"Hay que destacar que no toda negación de prueba supone la vulneración del derecho fundamental de defensa, y/o la infracción del art. 850.1 LECRIM, ya que debe acreditarse, para justificar la indefensión sufrida, la relación de las pruebas inadmitidas con los hechos que se pretendían probar, y argumentar que la práctica de la prueba hubiera podido tener una incidencia favorable a la estimación de las pretensiones de la parte.

Sobre este motivo hay que recordar que la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que este motivo comprende dos vías impugnatorias:

- 1.- La denegación de la admisión de una diligencia de prueba.
- 2.- La denegación de la suspensión del juicio oral ante la imposibilidad de practicar una prueba admitida.

El motivo del recurso se circunscribe a la primera de ellas y guarda relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sobre el que se pronunciaba esta Sala en STS 893/2007, de 6 de Noviembre que señala que:

"El quebrantamiento de forma por denegación de prueba ha encontrado un nuevo y más profundo sentido interpretativo al contemplarse desde la perspectiva de las garantías fundamentales del derecho a un juicio justo consagradas en nuestra Constitución (art. 24.2 derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa), y en los textos internacionales suscritos por España e incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía de ratificación: art. 6.3 d) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1.950 y 14.3 e) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1.966.

Conforme a estas normas entre las garantías esenciales de un juicio justo toda persona acusada de un hecho delictivo tiene derecho a valerse de toda clase de pruebas de descargo y a contradecir las de cargo, por lo que el motivo de casación contemplado en el nº 1º del art. 850 de la L.E .Criminal adquiere una destacada relevancia como medio de asegurar el respeto a estas garantías esenciales con rango constitucional. La doctrina jurisprudencial ha comprendido dentro de este motivo, tanto los de denegación de la suspensión del juicio ante la falta de práctica de la prueba anteriormente admitida.

En este orden de reflexiones, hemos sostenido que el artículo 24 de la Constitución consagra como derechos fundamentales de la persona una serie de realizaciones que, en sí mismas, se ofrecen como garantías genéricas de los demás derechos y libertades, representando el derecho a la tutela judicial uno de los más relevantes de entre aquel haz recogido en el texto constitucional, derecho fundamental -cual señala la sentencia del T.C. de 7 de junio de 1.984 - de carácter subjetivo, lo que, desde una perspectiva objetiva, constituye un elemento de trascendental importancia en el sistema jurídico.

1. La decidida proscripción de toda indefensión así como el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, vienen a erigirse en pilares de la proclamada tutela del artículo 24, como medio de que las pretensiones o alegaciones jurídicamente fundadas que se aduzcan ante los órganos jurisdiccionales



del Estado, hallen su correcto reflejo y adecuado encauzamiento en el seno del proceso en marcha, recibiendo el tratamiento de fondo que merezcan y permitiendo que el derecho de acceso a la justicia pueda serlo en su más lograda plenitud, sin obstrucciones ni trabas que lo dificulten o menoscaben. El artículo 24.2 es un precepto de contenido complejo, dentro del cual el derecho a la tutela judicial supone, positivamente, el acceso al proceso y al uso de los instrumentos que en él se proporcionan para la defensa de los propios intereses (Cfr. sentencias del T.C. de 12 de julio de 1.982 y 23 de abril de 1.986)

De ahí que si bien la vía casacional del artículo 850.1º, se ofrezca como vía idónea para el restablecimiento del derecho que se pretende ante la denegación de la prueba propuesta, al descubrirse en el artículo 24 de la C.E garantías procesales constitucionalizadas, cuando se detecta la vulneración de un derecho fundamental junto a la quiebra o atropello de una norma procesal, derechos de vinculación inexorable a todos los poderes públicos, puede decirse que se ensanchan o amplifican las vías correctoras al respecto, incluso en este trámite del recurso de casación, cimentándose más hondamente la reparación del agravio.

El valor normativo inmediato y directo que ostenta la Constitución queda reflejado en los artículos 9º y 53, con expresa consignación de la sujeción a la misma por parte de los poderes públicos, entre ellos el judicial; regulación constitucional con carácter de Derecho directamente aplicable, al alumbrarse la Carta Magna con vocación y voluntad de norma primordial y efectiva y no meramente programática. Comportando ello, al perseguirse la unidad en el ordenamiento, unidad cifrada en el aliento común y compartido de unos mismos principios y postulados impregnando la realidad legal y su proyección aplicativa, el ajustamiento de la labor interpretativa a las pautas constitucionales, particularmente aquellas que conciernen a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Ley Fundamental".

a.- Requisitos para la estimación de este motivo casacional:

Con base a los expresados criterios doctrinales, muchas veces reiterados y pacíficamente compartidos, la práctica jurisprudencial ha perfilado un cuerpo doctrinal enunciativo de los requisitos precisos para la estimación del motivo casacional:

a) La diligencia probatoria ha de haber sido solicitada en tiempo y forma, en los términos exigidos por el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto al Procedimiento Ordinario, y con cuyas previsiones coinciden los artículos 790.5 y 791.2 respecto al Procedimiento Abreviado.

b) Que el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecer la calificación de "pertinente":

Como declara la Sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1995 no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el juzgador valore libre y razonablemente como tales" (STC 36/1983, de 11 de mayo; 150/1988, de 15 de julio, entre otras).

Dos elementos han de ser valorados a este respecto:

1.- La pertinencia.

Pertinencia es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye "thema decidendi" (vid. STC. 51/1981, de 10 de abril).

2.- La relevancia de la prueba propuesta.

En cuanto a la relevancia del medio probatorio ha de distinguirse entre la relevancia formal y la material -que es la verdaderamente trascendente- y que debe apreciarse cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a los que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta (vid. TC. SS. 116/1983, de 7 de diciembre; 51/1985, de 10 de abril ; y 45/1990, de 15 de marzo).

En la relevancia deben destacarse dos aspectos:

a.- El primero funcional relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y su impugnación.

b.- De carácter material relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia.

c) Que la prueba sea además "necesaria", es decir, tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1995), de modo que su omisión le cause indefensión (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero y 8 de noviembre de 1992, y 15 de diciembre de 1994).



A diferencia de la pertinencia que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es pertinente por admisible (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991), la "necesidad" de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995) que eliminen de manera sobrevenida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia.

d) Que sea "posible" la práctica de la prueba propuesta, como exigen las Sentencias de 23 de abril de 1992 y de 7 de febrero de 1995, y como reitera la de 21 de marzo de 1995 "en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas".

e) Que ante la denegación de la prueba formule el proponente la correspondiente "protesta" (artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), equivalente a la "reclamación" a que se refieren los artículos 855 y 874.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la que se expresa la disconformidad con la resolución denegatoria (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993, 9 de junio de 1994 y 7 de febrero de 1995).

f) Que en el caso del Procedimiento Abreviado la proposición de la prueba que, formulada en los escritos de acusación y de defensa (artículos 790.5 y 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), no haya sido admitida por el Tribunal se reitere al inicio de las sesiones del Juicio Oral, donde puede reproducirse la petición.

b.- Relevancia constitucional del derecho a utilizar los medios de prueba y derecho de la parte a ello en base a la concurrencia de las circunstancias que le hagan acreedor del derecho reconocido en el art. 24.2 CE y del derecho de defensa.

Además, la sentencia de esta Sala 160/2016, de 1 de Marzo relaciona este motivo con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa reconocido en el art. 24.2 CE.

Se recogen así una serie de presupuestos básicos para la admisión de este motivo dentro del art. 850.1º LECRIM. Y así, la doctrina constitucional sobre el derecho a la prueba, que inspira la jurisprudencia de esta Sala acerca de esta materia, se halla recogida, entre otros numerosos precedentes, en la STC 121/2009, 18 de mayo.

Recuerda el Tribunal Constitucional que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental de configuración legal en cuya vulneración, para que tenga relevancia constitucional según nuestra doctrina, han de concurrir varias circunstancias.

1.- El recurrente ha de haber respetado las reglas procesales de tiempo, lugar y forma de su proposición , pues en caso contrario no podrá considerarse menoscabado este derecho "cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, STC 133/2003, 30 de junio, FJ 3 a)" (STC 86/2008, de 21 de julio, FJ 3.a; en el mismo sentido también SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 3; 190/1997, de 10 de noviembre, FJ 2; 52/1998, de 3 de marzo, FJ 2.a; 131/2003, de 30 de junio, FJ 3.b, y 121/2004, de 12 de julio, FJ 2.b).

La prueba denegada habrá de ser pedida en tiempo y forma en el escrito de calificación correspondiente (conclusiones provisionales, acusación o defensa) y reiterar su petición al momento de iniciar el juicio oral en el momento de las cuestiones previas, nunca después, ya que es preclusivo.

2.- La denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial, por haberse inadmitido, por ejemplo, pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 5, por todas)" de tal manera que "la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa ... (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 219/1998, de 27 de enero, FJ 3)": STC 190/2006, de 19 de junio, FJ 5; y en el mismo sentido, entre otras, SSTC 165/2004, de 4 de octubre, FJ 3.b; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 152/2007, de 18 de junio, FJ 2.

3.- Ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución.

Sobre esta situación de indefensión del recurrente que debe alegarse y concretarse en el recurso de casación, y en el motivo que se alega por esta vía del art. 850.1º LECRIM es carga de la argumentación del recurrente por cuanto se traduce en la doble exigencia siguiente:



- a.- El demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas.
- b.- El hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa.

La jurisprudencia de este Tribunal Supremo viene a atribuir, pues, al recurrente esta carga de alegaciones y determinaciones para valorar en qué medida esta denegación o inadmisión de prueba le pudo afectar en su derecho constitucional, ya que de no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2)" (STC 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 3; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 3.c; 152/2007, de 18 de junio, FJ 2, todas ellas en relación con la prueba penal).

- 4.- La pertinencia de la prueba propuesta. Relacionada con el objeto del proceso y útil, con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos, exigiéndose para que proceda la suspensión que sea necesaria, oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rior selectivo para evitar dilaciones innecesarias, habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio para valorar y decidir la improcedencia o procedencia de la prueba cuya admisión se cuestiona.
- 5.- Denegación de la prueba ya en el trámite de admisión en la fase de preparación o durante el juicio cuando se pide al mismo tiempo la suspensión del plenario por no poderse practicar la prueba.
- 6.- Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa.
- 7.- Que se formule protesta por la parte proponente contra a denegación.

Características del derecho a utilizar los medios de prueba.

- 1.- Como ya se ha expuesto, el derecho a utilizar los medios de prueba es una manifestación del derecho de defensa, por lo que solo adquiere relevancia cuando produce real y efectiva indefensión.
- 2.- Este derecho a utilizar los medios de prueba no es un derecho absoluto, sino que atribuye solo el derecho a la práctica de las que sean pertinentes, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi.

Capital es en el tema de la proposición y admisión de prueba que el recurrente no tiene derecho absoluto a que se le admitan cualesquiera medios de prueba que proponga, ya que la pertinencia sobre su admisión o la suspensión del juicio por su no práctica han de ser objeto de una ponderada valoración por el tribunal que valore los intereses en conflicto, que son:

- 1.- El derecho de defensa.
- 2.- La pertinencia de la prueba propuesta.
- 3.- La necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

En esta línea, el derecho al empleo de los medios de prueba no es incondicional o absoluto, ni desapodera al juez de analizar y examinar la pertinencia de las pruebas (SSTC 30/1986, 158/1989 y 33/1992).

- 3.- El derecho a utilizar los medios de prueba, al no ser absoluto, debe ser ejercido cumpliendo una serie de presupuestos procesales.
- 4.- El derecho a utilizar los medios de prueba no obliga a admitir toda la prueba propuesta.

Como exponemos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1373/2009 de 28 Dic. 2009, Rec. 703/2009 la defensa no viene obligada a que ex ante deba mostrar su línea de defensa, pero cuando de denegación de prueba se trata, y más si se trata de testificales deberá acreditar la calidad de las informaciones que el testigo va a presentar en el Plenario como presupuesto para que la Sala pueda tomar conocimiento de la necesidad de oírle. Como recuerda la STC 121/2009, para que exista una indefensión material con alcance constitucional la parte concernida debe justificar que era decisiva para la defensa, esto es, que hubiera tenido influencia decisiva en la resolución del asunto, lo que "....se traduce en la doble exigencia



de que el demandante de amparo acreditó, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas.... ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso haber sido otro, si la prueba se hubiese admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa....".

Por todo ello, no es la prueba pertinente indebida denegada sino la prueba necesaria indebidamente denegada la que puede dar lugar a la indefensión con relevancia constitucional [STS núm. 771/2010 de 23 de septiembre].

Como quiera que el derecho a la prueba no tiene un carácter absoluto o ilimitado, no se produce menoscabo de su garantía por la inadmisión de algún medio probatorio propuesto en aplicación estricta de las normas legales (STC 246/2000). Y además y como sostiene la STC 35/2001, tampoco toda irregularidad procesal en materia de prueba conduce a entender producida en todo caso una lesión del derecho de defensa en el sentido de comportar una indefensión efectiva.

Lo importante, como hemos especificado en otras ocasiones es la "trascendencia de la inadmisión", pero con respecto a las pruebas ya tenidas en cuenta por el tribunal en el análisis ex post de la sentencia.

En consecuencia, no se cumplen en el motivo suscitado los presupuestos exigidos en cuanto a la queja por denegación de prueba, ya que la mera denegación de la misma no conlleva quebrantamiento de forma por las razones apuntadas. No se ha cumplido el presupuesto de que se indique en qué medida esa prueba denegada era trascendente, no se refieren qué preguntas se iban a hacer, pero es que, es preciso que se trate de prueba a practicar el día del juicio y que sea pertinente y necesaria, extremos no evidenciados en el motivo presentado.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Con base al artículo 849-2 LECrim, al haber incurrido la sentencia de apelación en una infracción de Ley, al existir error en la apreciación de la prueba.

Hay que apreciar y observar que el recurrente plantea el motivo, - y así parece entenderse, aunque alega el art. 847.2 LECRIM, por la vía del art. 849.2 LECRIM ya que lo refiere "por infracción de ley por error en la valoración de la prueba" cuando debe tenerse en cuenta que este motivo se refiere a "prueba documental", por lo que en lugar de encauzarlo por presunción de inocencia cuestiona esta valoración, pero circunscribiendo el motivo a documentos literosuficientes que debe citar en el objeto de impugnación, pero no el resto de prueba que no tenga el carácter de documental.

Así, esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con intermediación la



percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

Sin embargo, el recurrente, lejos de citar documentos apunta como documental, que es la base de este motivo casacional, que "la sentencia se ha basado, única y exclusivamente, en la prueba de cargo de la víctima, examinando los requisitos que para ello requiere la Jurisprudencia, obviando el resto de pruebas aportadas en autos".

Hay que rechazar, con ello, el carácter de "documentos a efectos casacionales" de DIRECCION003 y fotografías, ya que no son documentos literosuficientes, ya que los primeros sólo demuestran lo que dijeron entre sí los interlocutores, pero no que eso que se dice sea cierto. Y las fotografías tampoco lo son por cuanto su contenido se halla matizado por el lugar desde donde se toman, de la iluminación, el color, lo que obviamente sólo puede ser valorado por el Tribunal de instancia.

Tampoco lo son las declaraciones judiciales, ya que se trata de pruebas personales documentadas. Tampoco tienen este carácter el atestado ni la declaración del acusado. Respecto a los informes periciales excepcionalmente se han admitido como documentos en cuanto a la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación, cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto o contradictorio, de modo que altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. No concurre en el presente caso un vicio en la valoración de la pericia que permita su uso por la vía del art. 849.2 LECRIM. Las conclusiones de la pericial se exponen a continuación, pero se apunta que "No ha alcanzado aún el grado de madurez psicológica que caracteriza la edad adulta ni cuenta con capacidad para prestar un consentimiento válido en la actividad sexual denunciada...".

En cuando al supuesto error material denunciado, consistente en que la sentencia recurrida del TSJ, menciona en su fundamento de derecho cuarto, que la declaración de la víctima coincide con el relato manifestado por la madre en la denuncia inicial y con lo declarado por Candida , hermana de la víctima, cuando no ha declarado como testigo, carece totalmente de relevancia para alterar el contenido de la sentencia. Es un error de transcripción totalmente irrelevante.

Con ello, el motivo ya debería rechazarse de plano, ya que ex art. 849.2 LECRIM no puede apelarse a queja casacional por el contenido de la declaración de la víctima que no es un documento literosuficiente.

Se añade por el recurrente la existencia de conversaciones entre el recurrente y Higinio creyendo que este tenía 17 años, y que "mantuvo con él conversaciones de índole sexual, llegando a tener dos encuentros sexuales y, del mismo modo, ambos se remitieron imágenes, tanto suyas como de otras personas que obtenían a través de las redes sociales". Sostiene que también Higinio le pedía fotos sexuales insistiendo en la creencia de que tenía 17 años, y que era él quien proponía encuentros y tenía una elevada madurez psicológica y que era él quien dominaba la situación y todo se hizo con su consentimiento. Se añade que pese a lo que consta en la sentencia Candida no declaró en fase sumarial ni plenario.

Insiste también que todo ello se desprende del atestado policial donde queda patente que él creyó que Higinio tenía 17 años y que él también tomó la iniciativa. Añade que de las periciales se desprende la elevada madurez psicológica de Higinio , apuntando a la pericial de Felipe , y que el trauma del mismo se lo ocasiona la madre, no el recurrente.

Se añade que el testimonio de Higinio no puede erigirse en prueba de cargo contra el recurrente por no reunir los requisitos exigidos al efecto con ausencia de credibilidad subjetiva por resentimiento, y que no es verosímil ni persiste en lo declarado, así como diversas contradicciones que sostiene.

Pues bien, ante la extensa exposición del recurrente habría que precisar *a limine* que el motivo debe inadmitirse, ya que, como hemos expuesto, postula por la vía del art. 849.2 LECRIM una serie de cuestiones ajenas por completo al objetivo del motivo que sostiene el recurrente y que requiere la cita de documentos literosuficientes y todas las alegaciones que formula son totalmente ajenas al objetivo del motivo que cita, ya que se trata de declaraciones personales o valoraciones del recurrente acerca de la valoración de la prueba practicada.

En cualquier caso, y cuando de queja relativa a valoración probatoria se trata, pese al defecto articulado en la construcción del motivo ex documental por la vía del art. 849.2 LECRIM, -que solo permite hacer mención a documentos literosuficientes, no a otras pruebas- hay que recordar que en los casos en los que ya ha habido



un previo recurso de apelación ante el TSJ lo que se analiza es el proceso de racionalidad en la valoración probatoria llevado a cabo por el TSJ, ya que la queja en sede de apelación en materia de valoración ya se ha planteado ante este, por lo que la casación no puede convertirse en un "reexamen" de la valoración probatoria por tercera vez.

Por ello, nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

Pero es que en este caso ni tan siquiera se formula el motivo por la vía de la presunción de inocencia, sino por la vía del art. 849,2 LECRIM, como se ha expuesto.

Pese a ello, hay que señalar que el TSJ expone al respecto que:

"En el caso actual la sentencia de instancia destaca que el testimonio de la víctima es claro y contundente, coincidente con el relato manifestado por la madre en la denuncia inicial y con lo declarado por Candida, hermana de la víctima, que aún cuando se trate de testigos de referencia corroboran periféricamente el testimonio de la propia víctima, perfectamente creíble por la ausencia de incredulidad subjetiva, la forma coherente y emotiva en que se ha producido y consecuentemente no cabe apreciar motivo espurio de ningún tipo que pueda desvirtuar la credibilidad de su testimonio, siendo suficiente jurídicamente para desvirtuar el principio constitucional de la presunción de inocencia en cuanto la menor, como señala la sentencia apelada fue sometida a interrogatorio cruzado de las partes, siendo relevante que su testimonio en la fase de instrucción fue coincidente con el prestado en la vista oral.

El segundo parámetro de valoración de la víctima consiste en el análisis de credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio, y según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico (coherencia externa). Ha de distinguirse la ausencia de contradicciones en el seno del relato de los hechos realizados por la víctima, o de elementos fácticos escasamente verosímiles, que es lo que caracteriza la coherencia interna, y dota a la versión acusatoria de credibilidad objetiva, de la ausencia de contradicciones entre las distintas versiones aportadas a lo largo del procedimiento, que constituye un elemento que ha de analizarse en el ámbito de la persistencia de la declaración..

...El propio Tribunal reseña que y pormenoriza la declaración del menor pero se cuida incluso de decir que no es la única prueba, también se hace una detenida valoración de la declaración del acusado, en relación también con los mensajes enviados a través de la aplicación DIRECCION003 A ello deben añadirse las testificales de los Policías nacionales y la realizada sobre los informes periciales, tanto el forense como el de la propia parte acusada.

... como señala la Sala de las transcripciones se denota que se enviaban fotos del rostro y torso, referencias del menor a qué " tenía instituto", referencias a que " no le importaba la edad" y lo que resulta más llamativo, es el propio Tribunal quien constata y así lo refleja que " las fotos del menor en el momento de los hechos no se corresponden con la de un mayor de 16 así como " el aspecto añado que pudo observar el Tribunal en la vista y eso que habían pasado dos años". El informe forense sobre apariencia cronológica. Si a ello le añadimos que en la actualidad es sumamente fácil conocer la edad de alguien si se tiene dudas mediante la



petición de determinados documentos (sucede con frecuencia en la jurisdicción contencioso administrativa para valoración de sanciones administrativas en ventas de alcohol a menores). En definitiva y como señala la propia Sala, nos situamos ante un dolo de indiferencia o quizás eventual que excluye cualquier tipo de error. Quizás no sabía la edad exacta, pero supo que era menor de dieciséis y en todo caso, nada hizo para averiguar la edad real aceptando lo que sucedía. En definitiva, la prueba suficiente y válidamente practicada y declarada en los hechos probados poseen encaje en el tipo y en la penalidad por lo que el recurso debe desestimarse."

Hay que recordar que consta en los hechos probados que el recurrente "Fue a través de alguna de estas aplicaciones como contactó por primera vez con Higinio , nacido el NUM006 de 2002, y que se había registrado en dicha aplicación pese a que su uso está limitado a personas mayores de edad. Posteriormente, entre principios de mayo y primeros días del mes de junio de 2017, *Higinio , que tenía en esa fecha catorce años, y Fidel , quien sabía que Higinio no alcanzaba los dieciséis años* , mantuvieron repetidas conversaciones de alto contenido sexual a través de la aplicación de telefonía DIRECCION003 Fidel solicitaba insistentemente al menor que le mandara fotos y videos de su cuerpo desnudo y a su vez el acusado enviaba al menor fotos de su cara y torso y también otras imágenes que mostraban órganos genitales masculinos

... el acusado sabiendo igualmente que edad el menor tenía menos de dieciséis años, concertó con Higinio dos encuentros para mantener -relaciones sexuales, desplazándose a tal fin desde DIRECCION004 hasta la localidad de residencia del menor...

El primero de esos dos encuentros tuvo lugar el 12 de mayo de 2017. Fidel recogió a Higinio en . las proximidades de la plaza de toros de DIRECCION000 , y en el vehículo del acusado fueron hasta un lugar apartado. En la parte de atrás del coche acusado y menor mantuvieron relaciones sexuales, penetrando analmente Fidel a Higinio , y realizando este último una felación a Fidel , que eyaculó en la boca del menor.

Nuevamente el 17 de mayo de 2017, el acusado se desplazó a DIRECCION000 , donde recogió a Higinio , y en un camino apartado mantuvieron relaciones sexuales también en los asientos traseros del vehículo de Fidel , con penetración anal del acusado hacia el menor; y penetración bucal mediante una felación del menor al acusado.

En ambas ocasiones, el acusado tenía conocimiento de que la edad del menor no alcanzaba los dieciséis años.

Efectúa el tribunal de instancia un relato acerca de la valoración de la prueba de la declaración del menor en cuanto a los hechos ocurridos entre recurrente y víctima y los encuentros sexuales que tuvieron lo que hace evidente descartar el alegato del "desconocimiento", habida cuenta la evidencia que se refiere de su edad menor de edad de 16 años, y de lo que se aprovecha el recurrente.

Afirma, así, el tribunal que la víctima "Narró, en fin, los dos encuentros con el acusado, afirmando, sin ningún género de duda ni una mínima vacilación, que mantuvieron relaciones sexuales, en las dos ocasiones con penetración anal del acusado hacia él y con una felación practicada por el menor al acusado. También afirmó que el acusado no le preguntó su edad cuando se vieron, y que la edad "no le importaba" al acusado, ni siquiera cuando le dijo que tenía quince años." Con ello, queda patente que el alegato del desconocimiento de la edad no es viable, dada la prueba de que el recurrente pretende utilizar una especie de "ignorancia deliberada" acerca de la edad, cuando asumía que era menor y, pese a ello, tiene relaciones y contacto sexual con él.

También se refiere por el Tribunal que: "destacamos a continuación, por lo reveladoras, el contenido de las conversaciones mantenidas entre acusado y menor, a través de DIRECCION003 , y que dejan bien clara la insistencia del acusado para que Evelio le mandara vídeos y fotos de su cuerpo desnudo, ya desde los primeros contactos, y también de las que se deduce que el acusado mandaba fotos o imágenes mostrando órganos genitales masculinos".

Y que: "El intercambio de mensajes entre Higinio y Fidel corrobora también las declaraciones del menor cuando afirma que, en las dos ocasiones en que se vieron, hubo penetración anal por parte del acusado y una felación del menor a Fidel".

Con ello, queda evidenciada la ejecución de los actos sexuales, y la evidencia del conocimiento de la edad del menor por parte del recurrente, habida cuenta que era conocedor de ello, como concluye el tribunal y que no le importaba en modo alguno, asumiendo sus consecuencias.

Por otro lado, el tribunal, además de valorar la declaración del menor se refiere a la corroboración periférica en cuanto a:

a.- Declaración policial:

"Tenemos las declaraciones testimoniales del Policía Nacional con número de identificación NUM007 , instructor del atestado, que, tras referir que se efectuó un volcado de los mensajes del teléfono del menor y también del



teléfono del acusado, afirmó que se comprobó la existencia de intercambios de fotografías, que se recuperaron algunas -las que obran en los autos- y que incluso en algunas de las "borradas" se intuían las formas de cuerpos de varón desnudos, y que sin duda fueron remitidas por el procesado. Y efectivamente, se puede comprobar en el CD que recoge el volcado de los mensajes del teléfono del acusado, que se enviaron por éste fotos o imágenes que, aunque aparezcan difusas al haberse borrado u omitido los archivos correspondientes, dejan ver órganos genitales masculinos, si bien es cierto que nunca aparece rostro alguno en ellas.

Asimismo, entre las fotografías recuperadas por la Guardia Civil están una del menor prácticamente desnudo, en la ducha, y otra de un varón mostrando órganos sexuales masculinos, que, aun cuando el acusado lo niegue, probablemente sea suya."

b. Informe pericial psicológico.

"Informe pericial psicológico emitido por el Instituto de Medicina Legal de Cáceres. Aunque se trata de un informe sobre el grado de madurez del menor (así fue solicitado en fase de instrucción por la defensa) y por tanto, no versa sobre el grado de credibilidad del testimonio de Higinio, sus autoras declararon, precisamente a preguntas de la defensa, que "no detectan indicadores de simulación" y que si hubiera sido así, lo habrían hecho constar. Esta conclusión la confirmó también el psiquiatra Julián, Coordinador de Salud Mental del Área de Salud de Badajoz, que emitió informe sobre la alteración o afectación emocional del menor, y el tratamiento que precisó."

Y con respecto a la pericial de la defensa que anteriormente hemos señalado que fue objeto de queja por su "no admisión" alegada por el recurrente señala el tribunal que de su práctica de prueba se desprende que "El informe pericial de la defensa, emitido por Don Felipe, es en realidad una valoración crítica de la metodología Y conclusiones contenidas en los otros dos informes, que se elabora sin "haber explorado al menor".

Y sobre la cuestión atinente a la madurez psicológica del menor recoge el tribunal que: "Sobre este punto fueron claras las psicólogas forenses, quienes explicaron que evaluaron al menor con dieciséis años, y que efectivamente apreciaron una madurez elevada a nivel cognitivo, pero no así en lo que hace a madurez afectiva o emocional en relación con la experiencia sexual que narra. En el informe psicológico se concluye, precisamente sobre esta cuestión, entre otras cosas, que "Es reseñable una marcada inseguridad en su capacidad asertiva, con dificultades para resistirse a presiones externas" y que "Desde el enfoque de la psicología forense se estima que el evaluado se encuentra todavía en proceso de desarrollo, lo que interfiere en su capacidad para asumir responsabilidades y las consecuencias de sus decisiones. No ha alcanzado aún el grado de madurez psicológica que caracteriza la edad adulta ni cuenta con capacidad para prestar un consentimiento válido en la actividad sexual denunciada...)".

El tribunal ha llegado al convencimiento de que el menor ha contado lo ocurrido de forma clara y contundente y que es creíble en lo que vivió y que es lo que cuenta sin ampliaciones ni desviaciones de lo ocurrido. Así, apunta que "El testimonio del menor ha sido persistente en el tiempo y no se aprecian en él contradicciones ni dudas relevantes, pese a que la defensa puso de manifiesto alguna diferencia entre lo declarado por el menor en el Juzgado de Instrucción y lo declarado en el acto del juicio y también hizo ver que, cuando fue entrevistado por las psicólogas forenses, no contó todos los detalles de la relación con el acusado o las consecuencias que han derivado de ella." Y añade que: "ante el tribunal, el menor fue absolutamente claro, declaró con la lógica afectación emocional, pero sin dudas ni contradicciones en cuanto a lo que constituye el núcleo esencial o sustancial de sus contactos y relación con el acusado, y las relaciones sexuales que con él mantuvo."

En relación al conocimiento del recurrente de la menor edad de Higinio señala el Tribunal que:

"El dolo exigido al autor para la correcta aplicación de los tipos penales lo es en su modalidad de dolo eventual. ... El acusado insiste en que no podía saber que el menor tenía catorce años porque en las aplicaciones a través de las que contactó con él solo se permite el acceso o registro a personas mayores de edad, y que si hubiera sabido la edad no habría quedado con él. Esta explicación no es creíble, pues el que una red social exija que sus usuarios sean mayores de edad no supone necesariamente que todos los que se registran en ella realmente lo sean, y que Higinio no era mayor de edad lo supo el acusado, según resulta de la transcripción de los mensajes intercambiados entre aquél y el menor que obran incorporadas como prueba documental -anexos I y VI- ya desde el primer contacto vía DIRECCION003 que tuvo lugar el 9 de mayo de 2017...

Había habido intercambio de fotos entre uno y otro, al menos de "cara y torso" según reconoció el acusado en su declaración (aunque no solo esas, como ya hemos apuntado antes). Además, hay continuas referencias del menor a que tenía instituto, exámenes, que tenía que estudiar, y apelativos como "nene" o "mi niño" eran utilizados por el acusado para dirigirse al menor, quien afirmó en su declaración que el acusado nunca le



preguntó su edad, que la edad no le importaba, y que también dijo o dio a entender que había tenido relaciones con otros menores, y que los llamaba "culitos".

Por otro lado, conviene aquí destacar que constan incorporadas al atestado fotografías del menor en la fecha de los hechos, apreciándose en ellas que el rostro del menor no se corresponde con una persona mayor de dieciséis años, a lo que añadimos aquí el aspecto añinado de Higinio que pudo apreciar el tribunal en el acto de la vista, aun cuando en la fecha en que se celebró habían pasado ya dos años desde que ocurrieron los hechos. En suma, el acusado, ya desde el primer día en que contacta por DIRECCION003 con Higinio, conoció su edad o, en cualquier caso, disponía de datos más que suficientes para llegar a la conclusión de que aquél no alcanzaba los dieciséis años, y desde luego lo que es claro es que, como bien declara Higinio, la edad no le importaba, ni siquiera cuando le dijo que tenía quince años. Conclusión que se ve reforzada aún más cuando, tras haber visto físicamente al menor el día 12 de mayo de 2017, el acusado sigue manteniendo conversaciones, intercambiando fotos con él del mismo modo que antes, y de nuevo concierta un segundo encuentro para mantener relaciones sexuales; y también después de que el menor confesara finalmente su edad real, insistía el acusado en ver otra vez al menor, le seguía pidiendo que enviara fotos desnudo, y también él siguió enviando otras como había hecho anteriormente. En suma, el acusado fue consciente -insistimos de nuevo, desde el primer día que contactó por DIRECCION003 con el menor- de la posibilidad de que Higinio no tuviera dieciséis años, y pese a ello -dolo de indiferencia- ejecutó las acciones típicas. Y más, incluso cuando ya tuvo conocimiento de la edad real de Higinio, siguió realizando actos que integrarían los tipos penales".

No puede pretenderse el recurrente ampararse en que "desconocía la menor edad del menor cuando a tenor de la prueba y la motivación de la sentencia, tanto del tribunal de instancia, como del TSJ, se evidencian la concurrencia de:

a.- El llamado dolo de indiferencia

b.- Esta indiferencia hacia la edad del menor permite declarar concurrente el dolo del acusado, al menos como eventual.

c.- Pero es que, además, el recurrente llegó a conocer la edad real, y, pese a ello, continuó con sus actos, lo que evidencia la indiferencia de la edad, e, incluso, su aprovechamiento y búsqueda de esa circunstancia en sus objetivos sexuales.

Hay que recordar que consta en el hecho probado 4º que "En ambas ocasiones, el acusado tenía conocimiento de que la edad del menor no alcanzaba los dieciséis años." Y el tribunal ha expuesto y motivado las razones por las que llega a esa conclusión. Lejos de lo que plantea el recurrente del desconocimiento, tuvo acceso a corroborar la edad, de la declaración del menor así se corrobora, sin que tenga por qué dudarse de ello; además, el tribunal ha constatado la evidencia de la menor edad del menor, que aunque el recurrente lo niega es constatable.

Es por ello, que pese a la forma en la que se ha desplegado el motivo por la vía del art. 849.2 LECRIM que debe ser rechazado a priori, como se ha expuesto, por no tratarse de documentos literosuficientes los expuestos, la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal es acertada y concluyente la convicción del tribunal acerca del "conocimiento del recurrente de la edad de la víctima" y, por ello, su integración en los tipos penales por los que ha sido condenado.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Con base al artículo 849.1 LECrim, por infracción de ley, al haber declarado probado la sentencia recurrida unos hechos habiendo infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal.

Incide el recurrente en un motivo en el que plantea otros dos distintos absolutamente, ya que por un lado plantea un motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECRIM y al mismo tiempo en el mismo motivo sostiene la queja de la presunción de inocencia, que no puede plantearse por la vía de la infracción de ley como aquí se hace.

Insiste en este motivo el recurrente en que "desconocía la verdadera edad de la víctima, concretamente, que este fuese menor de 16 años, pues las conversaciones mantenidas, vía DIRECCION003, entre el acusado y Higinio, han venido avalando las afirmaciones del acusado de que Higinio le engañó sobre la edad que tenía, ignorando que era menor de 16 años."

Añade que la sentencia de apelación no se ha fundamentado ni en una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito, ni la prueba ha sido racionalmente valorada, dando pleno valor al testimonio de la víctima y obviamente el resto de pruebas, las cuales hemos examinado detalladamente.



Subsidiariamente solicita que se tenga en cuenta que se ha infringido el principio in dubio pro reo, a través del cual tiene obligación el tribunal de no declarar probado un hecho del que dependa un juicio de culpabilidad si no ha superado las dudas que inicialmente tuviese sobre él.

Pues bien, incide el recurrente en su motivo en el desconocimiento de la edad del menor, circunstancia que ya ha sido analizada anteriormente en el motivo anterior, y que ha sido resuelto en cuanto a la valoración de la prueba, con la consiguiente circunstancia de que el tribunal ha descartado ese desconocimiento que alega el recurrente tal y como se ha reconocido en el relato de hechos probados. Y, así, se ha explicitado el conocimiento que tenía de la edad del menor y la asunción de indiferencia que ello le provocaba, pese a lo cual continúa en la ejecución de sus actos delictivos, como consta en el relato de hechos probados. No puede ampararse, por ello, el recurrente en este caso en un error del tipo cuando el conocimiento de la edad del menor está absolutamente acreditado.

Hay que recordar que al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Pues bien, a estos efectos debemos recordar que en los hechos probados se refleja con claridad que el recurrente conocía la edad del menor. Y hasta en tres ocasiones se hace constar que conocía la edad del menor el recurrente.

1.- (apartado de hechos probados segundo): "posteriormente, entre principios de mayo y primeros días del mes de junio de 2017, Higinio , tenía en esa fecha 14 años, y Fidel , quien sabía que Higinio no alcanzaba los 16 años, mantuvieron repetidas conversaciones de alto contenido sexual (.....)".

2.- (En el apartado tercero de hechos probados) "también a través de la aplicación de telefonía DIRECCION003 , el acusado, sabiendo igualmente que el menor tenía menos de 16 años, concertó con Higinio dos encuentros para mantener relaciones sexuales, desplazándose a tal fin desde DIRECCION004 hasta la localidad de residencia del menor, DIRECCION000 , en el vehículo de su propiedad Kia Sportage matrículaWKG".

3.- (apartado cuarto de los hechos probados) Tras describir los encuentros sexuales "en ambas ocasiones, el acusado tenía conocimiento de que la edad del menor no alcanzaba los 16 años".

Hay que expresar, en primer lugar, el terrible daño ocasionado por la comisión de estos hechos en el menor y en el entorno familiar al conocer todo lo ocurrido y que el menor había tenido los encuentros de alto contenido sexual que ha llevado a cabo el recurrente con el menor, al constar en el Hecho probado nº 5 que: "Tras enterarse la madre de Higinio , de modo casual, de que había tenido relaciones sexuales con adultos, se producen en el menor alteraciones emocionales y conductuales que inciden en su equilibrio psicológico, habiendo precisado tratamiento psicológico posteriormente tratamiento psiquiátrico en el servicio de Psiquiatría y Salud Mental de la Infancia, Niñez y Adolescencia del Servicio Extremeño".

Además, ya se ha expuesto en el motivo anterior todo lo relativo a la prueba de que, en efecto, el recurrente conocía la edad del menor. No había, así, un error sobre la edad del menor por entender el recurrente, o estar convencido, de que tenía más de 16 años. No es esto lo que se desprende de la prueba. Y no es suficiente alegar que las aplicaciones de internet en las que entró el menor lo eran para mayores de edad, ya que resulta obvia la facilidad con la que ello se puede vulnerar hoy en día por menores de edad, -de ahí el peligro y gravedad de la falta de autocontrol por quienes permiten un acceso indiscriminado- y el grave peligro que supone para los menores de edad el acceso libre y fácil a esas aplicaciones donde pueden estar " disfrazadas en la red" personas que simulan edades próximas, o, simplemente, quieren tener contactos sexuales, sin importarles, o, incluso, buscándolo expresamente, que con quien contactan sea menor de edad, o, como decimos, buscando ese objetivo en la red social, que es lo que en este caso ocurrió.

Al final, lo que sostiene el recurrente no es más que un "interesado, pero falso, desconocimiento de la edad", porque se ha probado que llegó a saber su edad, y que, pese a ello, continuó y no se limitó a una mera



comunicación on line con menores, o intercambio de fotos, sino que llega a la relación sexual como consta en el relato de hechos probados.

Existe, pues, un aprovechamiento de la falta de autocontrol de quienes abren la red sin ningún tipo de fiscalización de sus contenidos, y que en este caso dio lugar a una relación entre el recurrente que tenía 43 años y un menor de edad de 16 años con los hechos probados de alto contenido sexual que finalmente se relatan. Nótese que en los hechos probados consta que *el acusado se presentaba como Ricardo, decía tener veintisiete años y ser enfermero de profesión, sin ser ello cierto.*

Así, el acusado conocía la edad del menor por habérselo comunicado éste. Y del contenido de sus declaraciones que son creíbles para el tribunal se asume y traslada al relato de hechos probados. No se admite la referencia al alegato del recurrente del grado de madurez del menor, porque de la prueba pericial ya se ha hecho mención anteriormente en cuanto a que el Tribunal ha señalado en cuanto a si tenía madurez que "no así en lo que hace a madurez afectiva o emocional en relación con la experiencia sexual que narra". En el informe psicológico se concluye, precisamente sobre esta cuestión, entre otras cosas, que "Es reseñable una marcada inseguridad en su capacidad asertiva, con dificultades para resistirse a presiones externas" y que "Desde el enfoque de la psicología forense se estima que el evaluado se encuentra todavía en proceso de desarrollo, lo que interfiere en su capacidad para asumir responsabilidades y las consecuencias de sus decisiones. No ha alcanzado aún el grado de madurez psicológica que caracteriza la edad adulta ni cuenta con capacidad para prestar un consentimiento válido en la actividad sexual denunciada...)".

El recurrente sostiene que no conocía la edad del menor para conseguir que la existencia del consentimiento le exonere de la pena, ya que los tipos penales se enmarcan en el dato de la minoría de edad de 16 años como el elemento clave del tipo sobre el que gira la tipicidad de la conducta descrita en los hechos probados, pese a que exista consentimiento y colaboración del sujeto pasivo, ya que es su edad la que cualifica el ilícito penal.

Doctrina de la Sala sobre el "dolo de indiferencia" o eventual en cuanto al conocimiento de la edad del menor en los delitos sexuales con menores de 16 años.

Esta Sala se ha pronunciado de forma reiterada y constante sobre alegatos relativos al alegato "desconocimiento de la menor edad de su víctima en actos de contenido sexual" apelando al dolo de indiferencia o dolo eventual.

1.- En la misma línea con lo expuesto se ha pronunciado esta Sala en la *sentencia del Tribunal Supremo 446/2020 de 15 Sep. 2020, Rec. 10664/2019* señalando que:

"Se invoca un error de tipo, excluyente del dolo, bajo la alegación que el recurrente no conocía la edad de los menores y que éstos le engañaron sobre este dato capital. Sin embargo, el tribunal de instancia apreció positivamente y creíble la declaración del testigo Primitivo que en el juicio dijo que aunque al principio mintió sobre su edad, luego le dijo que tenía 15 años, estaba en tercero de la ESO y que el testigo Belarmino tenía la misma edad. Ya hemos indicado que no se han apreciado contradicciones relevantes sobre este extremo en la declaración del testigo y el hecho de que este mismo delito no haya sido perseguido respecto de otras personas también investigadas no es óbice para que en este caso el conocimiento de la edad de las víctimas haya quedado acreditado a través de esta declaración que viene apoyada por las restantes inferencias a que antes nos hemos referido y que han sido destacadas por el tribunal de apelación: Apreciación de la apariencia física por los dos tribunales, informe pericial, capacidad de apreciación del acusado por su madurez, por su condición paterna y por el trato continuado con los menores, y evidencia notoria de que en las páginas de contactos es frecuente que los participantes mientan sobre la edad. Se trata de inferencias de todo punto razonables que corroboran el testimonio de los testigos y que completan un cuadro probatorio suficiente y racionalmente valorado."

2.- También en la *sentencia del Tribunal Supremo 390/2018 de 25 Jul. 2018, Rec. 2223/2017* se añade que:

"Lo que expresa es que el acusado no intentó aclarar la edad de la víctima, lo que puede ser debido a un error o a la representación de una edad de la que se despreocupa - indiferencia respecto al elemento típico referido a la edad, que se incardina en el dolo eventual, que haría típica la conducta.

Pues bien la sentencia no declara probado que el recurrente no conociera, pudiendo haberlo hecho -el error es vencible para el órgano a quo-, que la menor, al tiempo de los hechos, tuviera once años de edad sino, según hemos expuesto, que el acusado, "no pensó que está pudiera tener menos de trece años, a pesar de lo cual tampoco intentó aclarar la verdadera edad de la menor".

Esta descripción fáctica no es subsumible, según lo dicho, en un error de tipo, porque no describe desconocimiento del hecho sino indiferencia hacia el mismo, que es un concepto distinto y con consecuencias



jurídicas también distintas. El acusado, según se declara probado, "no intentó aclarar la verdadera edad de la menor".

Esta indiferencia hacia la edad del menor permite declarar concurrente el dolo del acusado, al menos como eventual, toda vez que éste, como decíamos en la STS 527/2015, de 22 de septiembre, "asume que el menor no alcance la edad de disposición de la libertad sexual, entonces 13 años y hoy a 16, y mantiene esa situación arriesgada para el bien jurídico sin hacer nada para adecuar su conducta a la no realización del tipo penal prohibitivo de este tipo de conductas respecto de menores sin capacidad de disposición, asumiendo la realización del delito".

3.- También en la *sentencia del Tribunal Supremo 204/2021 de 4 Mar. 2021, Rec. 2122/2019* se añade que:

"Los datos son muy sugerentes. La insistencia del recurrente en argumentos que podrían abonar su versión exculpatoria no desvirtúa el fundamento de la sólida certeza plasmada por la Audiencia. Había elementos sobrados para, más que sospechar, ser consciente de que las menores (tal y como, además, llegaron a revelar) no alcanzaban la edad de 18 años. La petición de exhibición de su documentación refleja que el acusado lo sospechaba. Su sospecha tuvo que convertirse en certeza cuando rehusaron, con excusas, enseñarle documentación alguna y, más aún, cuando una de ellas le confesó que eran menores, en lo que ya constituye algo más que un indicio: es prueba directa.

No hay, por tanto, error. Ni vencible; ni invencible. Es más en el caso de que concediésemos que el acusado, ingenuamente, intentaba engañarse alimentando la creencia de que, a pesar de las apariencias y los datos clamorosos que apuntaban en otra dirección, podían ser menores, estaríamos a lo más, no ante una creencia equivocada, sino ante dudas. En esa tesitura lo obligado es disipar las dudas antes de actuar y, si no se pueden resolver, abstenerse.

El acusado podía querer convencerse ilusamente de que eran mayores. Pero se trataría en todo caso, de una creencia, débil, frágil; tan frágil que conviviría necesariamente con la conciencia de que lo más probable es que fuesen menores. Esa situación anímica, no es cohonestable con el art. 14. El error de que habla el art. 14 CP exige certeza, o quasi certeza: un conocimiento equivocado pero seguro. Si el sujeto actúa con dudas serias sobre la concurrencia de un elemento típico, que prefiere no llegar a conocer, no puede ser disculpado por ese error consciente; o, mejor, buscada situación de error. Es supuesto asimilable al dolo eventual: STS de 2 de junio de 2015: la sospecha de ilicitud excluye el error (vid igualmente STS 684/2018, de 20 de diciembre). El no querer despejar sus serias dudas, equivale a la conocida como ignorancia deliberada.

La duda, no casa bien con el concepto de creencia errónea. La creencia, para que sea propiamente tal, ha de ser firme, es decir, indubitada, un conocimiento equivocado (vid. DRALE). Duda y creencia equivocada no son asimilables ni equiparables penalmente. Si se duda es porque la creencia no es firme, no está asentada, no es, en definitiva, creencia en su sentido prístino.

Existe suficiente conciencia a efectos de culpabilidad cuando el autor duda y, pese a tal duda de entidad, actúa desplegando una conducta que sabe muy probablemente delictiva. Una actitud de indiferencia o desprecio frente a la alta probabilidad de la antijuridicidad de la conducta no sería error.

La reacción ante la duda fundada (no ante la duda remota) debería ser no actuar, en lugar de actuar. Si se plantea la alternativa de que su acción puede ser, con un alto grado de probabilidad, típica debe abstenerse de ejecutar el comportamiento probablemente delictivo.

Dice, al respecto la STS 163/2005 de 10 febrero: "cuando dicha información -la encaminada a solventar la incertidumbre sobre la licitud- en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia". El error, ha de ser firme, sin atisbo de duda razonable, pues si hay duda, no hay error, abriéndose paso la imputación del delito a título de dolo eventual.

Y la STS 123/2001, de 5 febrero: "El concepto de error o el de creencia errónea excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme, y por ello si hay duda sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal, no se puede hablar de error en el tipo, sino de dolo eventual".

Y, por fin, la STS 97/2015, de 24 de febrero (y con ella las SSTS 478/2019 de 14 octubre y 245/2019 de 13 mayo): "cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción, la pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual



(SSTS 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales".

4.- *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 478/2019 de 14 Oct. 2019, Rec. 10205/2019*

"El error de tipo supone la creencia errónea o el desconocimiento de la concurrencia de alguno de los elementos del tipo, o lo que es lo mismo, un error sobre un hecho constitutivo de la infracción (artículo 14.1º del Código Penal). Es un error sobre la tipicidad que excluye el dolo. Su prueba corresponde pues al que lo alega.

Tal error no ha sido apreciado sin embargo por el Tribunal de instancia. Ya se han expresado los argumentos que acoge la sentencia objeto de recurso para considerar acreditado que el acusado conocía la edad del menor por habérselo comunicado éste.

El Tribunal reafirma su convicción sobre este extremo, apreciando incluso la concurrencia de dolo eventual ... Con ello se evidencia que el órgano de apelación ha confirmado la sentencia de instancia, reafirmando la existencia de pruebas válidas, sometidas a contradicción y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditado que el acusado ejecutó de forma activa, eficaz y decisiva los hechos por los que ha sido condenado; pruebas que además han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal. Así las cosas, el otorgamiento de credibilidad realizado por parte del Tribunal de instancia se ajusta a los cánones jurisprudenciales indicados, por lo que se descarta la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que se denuncia".

Incluso en supuestos de "indiferencia ante la edad del menor" esta Sala ha señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 390/2018 de 25 Jul. 2018, Rec. 2223/2017 que:

"Esta indiferencia hacia la edad del menor permite declarar concurrente el dolo del acusado, al menos como eventual, toda vez que éste, como decíamos en la STS 527/2015, de 22 de septiembre, "asume que el menor no alcance la edad de disposición de la libertad sexual, entonces 13 años y hoy a 16, y mantiene esa situación arriesgada para el bien jurídico sin hacer nada para adecuar su conducta a la no realización del tipo penal prohibitivo de este tipo de conductas respecto de menores sin capacidad de disposición, asumiendo la realización del delito".

5.- *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 467/2021 de 27 May. 2021, Rec. 5461/2020*

"En efecto, la Audiencia Provincial entendió que, aun cuando pudiera desconocer la edad del menor, nos encontraríamos ante un dolo eventual pues el recurrente debió ser consciente de la posibilidad de que la víctima no tuviera dieciséis años y, pese a ello, le resultó indiferente por cuanto aceptó mantener relaciones sexuales con el menor.

Esta apreciación resulta conforme con la jurisprudencia de esta Sala pues hemos manifestado que "esta indiferencia hacia la edad del menor permite declarar concurrente el dolo del acusado, al menos como eventual, toda vez que éste, asume que el menor no alcance la edad de disposición de la libertad sexual, entonces 13 años y hoy a 16, y mantiene esa situación arriesgada para el bien jurídico sin hacer nada para adecuar su conducta a la no realización del tipo penal prohibitivo de este tipo de conductas respecto de menores sin capacidad de disposición, asumiendo la realización del delito" (STS 390/2018, de 25 de julio con cita de la STS 527/2015, de 22 de septiembre)."

6.- *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 393/2018 de 26 Jul. 2018, Rec. 2117/2017*

"Este dolo eventual es el que el tribunal sentenciador estima que concurre en el recurrente respecto a la edad de la víctima. Para la sentencia recurrida, el recurrente era consciente al menos de la edad aproximada del menor, cuyas características físicas no se correspondían con las de un menor de catorce años. Para el órgano a quo no resulta creíble que el recurrente desconociera la edad de la víctima, valorando a estos efectos las propias declaraciones prestadas por el recurrente a lo largo del procedimiento así como el informe del médico forense sobre el desarrollo del menor."

7.- *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 245/2019 de 13 May. 2019, Rec. 904/2018*

"Apreciando incluso la concurrencia de dolo eventual al estimar que, en todo caso, el acusado era consciente de la posibilidad de que la víctima no tuviera dieciséis años y, pese a ello -dolo de indiferencia-, ejecutó la acción típica"

8.- *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 97/2015 de 24 Feb. 2015, Rec. 1774/2014*



"Como hemos dicho en STS. 392/2013 de 16.5, el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que correspondería a la ignorancia (SSTS. 753/2007 de 2.10, 1238/2009 de 11.12).

Se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTS 258/2006 de 8.3 y 1145/2996 de 23.11), que expresamente señala que: "la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14 CP. se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad".

Por ello, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS. 1254/2005 de 18.10) .

En el presente caso el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía menos de 13 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trata de un menor de 13 años.

Ahora bien, es indudable que el dolo exigido al agente para la correcta aplicación del art. 187.1 y 2 CP, o en su caso del art. 183 bis, puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción" (SSTS 737/1999, de 14 de mayo; 1349/20001, de 10 de julio; 2076/2002, de 23 enero 2003).

Ahora bien la doctrina de esta Sala ha reiterado que debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad, por lo que no es suficiente con la mera alegación. El desconocimiento de la edad, como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e irresponsabilidad, sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado.

Ahora bien la doctrina de esta Sala ha reiterado que debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad, por lo que no es suficiente con la mera alegación. El desconocimiento de la edad, como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e irresponsabilidad, sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que si de quedar acreditada como el hecho enjuiciado, lo que en modo alguno se ha producido. El menor según el factum nació el NUM008 .2001, por lo que tenía 11 años y 7 meses cuando los hechos se iniciación y la Sala, en todo caso, descarta el error invocado por tres razones que explicita: su fotografía de perfil del menor (folio 161), el propio aspecto de menor constatado por el tribunal por su directa percepción en el juicio oral, pasados dos años; y el hecho de que el acusado vio en persona al menor el día que se hizo entrega del teléfono móvil -6-10-2012-, lo que lleva al Tribunal a considerar imposible que el acusado creyera que el menor en esas fecha tuviese 13 años de edad."

Pues bien, nos encontramos, pues, ante una pretensión del recurrente que pretende sostener un error sobre la menor edad del menor determinante de la ausencia de una conducta ilícita que alega ex art. 14 CP. No obstante,



lo que en realidad concurre es una *indiferencia* acerca de una realidad que era incontestable, cual es que el recurrente supo que era menor de edad, y pese a ello siguió con sus conductas sexuales con el mismo.

Lo que hizo fue "*ignorar voluntariamente*" o "*querer ignorar*" que se trataba de un menor de edad y continuar sus propósitos de índole sexual para aprovecharse de la edad de su víctima y de las *facilidades* que ello le provoca cuando el menor había accedido a la red social, lo que no legitima en modo alguno al recurrente para seguir actuando cuando se cerciora, -y no lo olvidemos, se le comunica- de la edad real del menor. Y ante ello, no se frena, que es lo que debió haber hecho, sino que continúa actuando en sus relaciones sexuales declaradas probadas en la sentencia, lo que evidencia la perversidad de su conducta sexual con el menor de edad, con las consecuencias inherentes descritas en la sentencia cuando se entera de todo lo que estaba pasando la madre del menor y el componente de daño psicológico y moral que ello lleva consigo, tanto para el menor cuando comprueba la reacción de su entorno familiar, como de él mismo.

Puede hablarse, así, de la *indiferencia ante la edad* como un dolo indirecto. El autor actúa con indiferencia ante la posible, probable, o segura edad del menor y ataca directamente su indemnidad sexual consciente de su edad, o de la alta probabilidad de su minoría de edad, y, pese a ello, continúa con sus actos sexuales, lo que hace prevalecer en el sujeto activo del delito, en este caso el recurrente, que su indiferencia le supone una especie de *paraguas que se utiliza para llevar a efecto los actos sexuales con el menor*. Puede saber, o sabe, que con quien se relaciona es menor, o puede serlo, y con ello lleva a cabo las relaciones sexuales, siéndole indiferente tanto su edad como que comete un delito. Y ello, con las consecuencias psicológicas que ello le deparará más tarde al menor, como aquí ha ocurrido y se ha declarado probado.

Sin embargo, y en segundo lugar, con respecto a la presunción de inocencia que se plantea de forma incorrecta por esta vía del art. 849.1 LECRIM y que ya por sí mismo daría lugar a la inadmisión, tenemos que señalar que ya se ha analizado la prueba de cargo concurrente en este caso. Y, por ello, no hay déficit en la valoración. Más aún cuando, como se ha expuesto, el TSJ ya ha procedido a analizar la valoración de la prueba y ha llevado a cabo el análisis de la racionalidad en la valoración probatoria, fijándose con detalle, como se ha expuesto, las pruebas que han sido tenidas en cuenta por el Tribunal.

Además, hay que tener en cuenta que a la hora de plantear ante esta Sala casación postulando la vía de la presunción de inocencia no puede articularse el motivo en relación a una "revaloración" de la prueba por tercera vez solicitando del Tribunal Supremo que lleve a cabo un reexamen nuevo de la valoración de la prueba que ya efectuaron tanto el tribunal de instancia, como el de apelación por el TSJ ante el planteamiento de este mismo motivo y el análisis por este de la racionalidad en la valoración de la prueba por el de instancia.

Suele plantearse con frecuencia el alegato del motivo por la vía de la presunción de inocencia ante esta Sala postulando esta vía como "una tercera ocasión" de suscitarle al tribunal cómo entiende la parte recurrente que se debió valorar a su juicio la prueba, y ofreciendo al Tribunal de casación su interpretación personal de cuál fue el resultado de la práctica de la prueba y cuál debió ser, también, la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia.

Se apunta de esta manera que se ha definido el estándar de prueba como la "medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos" y también como "el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada". El término estándar de prueba debe relacionarse con el de la carga de la prueba que se exige para poder tener por enervada la presunción de inocencia, que es lo que discute el recurrente que no ha llegado al grado de "suficiencia", "entidad", y "calidad de la prueba" para poder entenderse que se ha alcanzado en el juicio oral la necesaria para destruir la inocencia del acusado. Y en el presente caso ya se ha hecho mención en la respuesta al motivo precedente cuáles han sido las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal que configuran la existencia de prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia.

Por último, con mayor motivo no puede aceptarse la vulneración del principio in dubio pro reo, ya que el tribunal no ha dudado en modo alguno de la existencia de la prueba concluyente para la condena, ni ha habido lugar para la duda, ya que prueba de cargo ha existido y ha sido correctamente valorada por el tribunal y revisada por el TSJ.

Sobre el principio in dubio pro reo hay que recordar la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 547/2020 de 26 Oct. 2020, Rec. 10647/2019, que apunta que:

"Tal principio -dice esa sentencia- carece de operatividad en casación, pese a su estrecho parentesco con la presunción de inocencia. El principio in dubio solo es invocable en casación en su faz normativa, es decir, si se produce una condena pese a mostrar el Tribunal de enjuiciamiento sus dudas. Eso quebraría la obligación de absolver cuando no se alcanza una certeza exenta de dudas razonables. No sucede así aquí: el Tribunal ha emitido un pronunciamiento condenatorio porque, como razona, no tiene duda alguna sobre cada uno de los hechos que considera probados. El Tribunal Superior de Justicia participa de esa convicción a partir del examen



de la sentencia y los argumentos esgrimidos ante él en la apelación. Ahí queda cerrado el juego del principio in dubio. El Tribunal de Casación no puede preguntarse si alberga dudas sobre la culpabilidad, o sobre cualquiera de los datos consignados en el hecho probado o si los Tribunales de instancia o de apelación debieron abrigar unas dudas que no albergaron. Sólo puede fiscalizar a través de la presunción de inocencia la corrección motivacional de la convicción de culpabilidad proclamada y la suficiencia, y licitud de la prueba sobre la que se asienta esa convicción. No podemos efectuar una nueva valoración de toda la prueba (a espaldas del principio de inmediación) para, como si se tratase de otra primera instancia, decidir si el acusado es culpable o inocente. Tan solo podemos supervisar la convicción sobre la culpabilidad proclamada en la instancia y confirmada en apelación, desde la perspectiva amplia y poliédrica, pero a la vez limitada, de la presunción de inocencia que, tal y como es perfilada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, no se solapa totalmente con el ámbito del principio in dubio (aunque hay espacios comunes y las diferencias seguramente sean menores de las que en los primeros años de desarrollo del derecho consagrado por el art. 24.2 se intentaron marcar).

El Tribunal de casación puede analizar si las pruebas en las que se basa la condena son lícitas; si han sido válidamente practicadas; si conducen razonablemente a esa convicción de culpabilidad en cuanto que son concluyentes, y han sido racionalmente interpretadas por los jueces a quibus de forma que no queden cuestionadas por otras hipótesis alternativas más favorables compatibles con el cuadro probatorio. Pero no ha de preguntarse si, situado hipotéticamente en el mismo lugar de la Audiencia, hubiese tenido alguna duda sobre algún aspecto. Eso supondría usurpar una competencia que el legislador ha querido residenciar primero en la Audiencia Provincial y, más limitadamente, en el Tribunal Superior de Justicia. En la distribución de funciones efectuada por la ley quien no tomó contacto directo con la prueba podrá decidir cuándo es objetivamente insuficiente para fundar una sentencia condenatoria; pero no cuándo subjetivamente pudo subsistir un espacio para la duda ante determinadas pruebas. Esta segunda faceta no es supervisable. En ese plano se mueven ordinariamente los frecuentes casos en que confluyen pruebas de cargo y de descargo cuyo balance conjunto, sin embargo, no resta un ápice de certidumbre al Tribunal de instancia sobre la culpabilidad. En ese terreno la última palabra, siempre y cuando esté debidamente motivada y justificada, la ostenta ese tribunal.

Las decisiones condenatorias cuando las pruebas son inexistentes o insuficientes son controlables a través de un recurso extraordinario. No lo son cuando concurren pruebas de cargo y de descargo y se otorga razonadamente poder convictivo a aquéllas. La presunción de inocencia supone un veto a toda condena no basada en prueba de cargo suficiente (efecto negativo); pero no obliga como regla a dotar de mayor credibilidad a la prueba exculpatoria sobre la incriminatoria (inexistente efecto positivo de la presunción de inocencia como regla de juicio; aunque en otras vertientes -regla de tratamiento o principio informador del proceso- sí puedan anudarse a la presunción de inocencia consecuencias positivas y no meramente excluyentes o negativas).

En definitiva, el principio in dubio solo es fiscalizable en el recurso de casación en su aspecto normativo. La presunción de inocencia obliga a partir como premisa en el razonamiento de la inocencia del acusado. El principio in dubio, por su parte, no obliga a dudar, sino a absolver cuando valorada toda la prueba, persisten dudas sobre la culpabilidad. Si, pese a ello, se condena, la decisión habrá de ser anulada. Un veredicto acompañado de explicaciones del tipo " nos ha parecido muy probable..."; "es casi seguro que lo hizo el acusado..."; "las posibilidades de que no interviniese son escasas..." habría de ser revocado, si es que no fue devuelto por el Magistrado presidente. Constituiría expresión no ya de motivación insuficiente, sino de una decisión legalmente incorrecta en cuanto se viola el estándar "certeza más allá de toda duda razonable.

... El principio in dubio opera en casación cuando la Sala que presenció las pruebas condena pese a tener dudas, pero no sitúa al órgano de fiscalización en la posición de interrogarse si él tiene dudas; solo deberá comprobar que el Tribunal de instancia condenó sin tener dudas (por todas, STC 147/2009, de 15 de junio).

Nuestro examen queda circunscrito por esos parámetros. No podemos descender ni al crédito que razonadamente la Audiencia pueda haber conferido a cada una de las pruebas; ni a la cuestión de si la negativa del acusado ha de tener más fuerza que las pruebas incriminatorias; ni a determinar si los eventuales puntos débiles de algunas pruebas las privan de valor convictivo o, al menos, debieran haber suscitado dudas. Por eso se elude de propósito por impropio el debate que propone el recurrente"

En base a lo expuesto el motivo no puede prosperar.

El motivo se desestima.

QUINTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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



DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de **Fidel** , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 21 de enero de 2020, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación del anterior acusado frente a la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz con sede en DIRECCION004 , de fecha 19 de julio de 2019. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ