Roj: **STS 1782/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1782**

Id Cendoj: **28079120012019100345**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **29/05/2019**
Nº de Recurso: **1241/2018**
Nº de Resolución: **276/2019**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 276/2019

Fecha de sentencia: 29/05/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1241/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: Audiencia Provincial de DIRECCION000 . Sección Octava

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1241/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 276/2019

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 29 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 1241/2018 interpuesto por Evaristo , representado por la procuradora Doña Silvia AYUSO GALLEGO bajo la dirección letrada de Doña MACARENA VALERA SÁNCHEZ, contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de DIRECCION000 , Sección Octava, en el Rollo de Sala Sumario Ordinario 1/2016 , en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de tres delitos de abusos sexuales de menor de 13 años con acceso carnal, del artículo 183 apartados 1 y 3 del Código Penal . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Instrucción nº 5 de los de DIRECCION000 incoó sumario n 4.304/2014 por delito de abusos sexuales, contra Evaristo , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de DIRECCION000 , Sección Octava. Incoado el Sumario 1/2016, con fecha 20 de marzo de 2018 dictó sentencia n.º 9/2018 X en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Resultan probados, y así se declara expresamente, los siguientes hechos:

1. Evaristo , nacido el NUM000 de 1970, vecino de DIRECCION001 , Barcelona, en Junio de 2014 contactó vía internet, a través del chat " DIRECCION002 ", con Micaela , nacida el NUM001 de 2002, vecina de DIRECCION000 , donde vivía con su padre.

2. Micaela tiene un cociente intelectual bajo, rozando con el límite, habiendo tenido un mal rendimiento académico -repitió 6º-, teniendo labilidad emocional, lo que, unido a su baja capacidad intelectual, la hace limitada y vulnerable para desplegar estrategias de autoprotección.

3. El día 26 de Julio de 2014 Evaristo se desplazó de Barcelona a DIRECCION000 , donde había concertado una cita con Micaela y sabiendo ya que esta tenía 12 años, se fue con ella a un descampado cerca de la estación del tre DIRECCION003 , comenzando a besarla y a tocarle los senos y la zona genital para acabar introduciendo su pene en la boca de Micaela y los dedos en su vagina sin emplear fuerza ni violencia.

4.- El día 30 de Agosto de 2014 Evaristo viajó de nuevo a DIRECCION000 , hospedándose en la pensión " DIRECCION004 ", sita en la CALLE000 , y repitió la realización con Micaela de los hechos narrados.

5.-El día 2 de Diciembre de 2014, Evaristo regresó a DIRECCION000 , citándose con Micaela y llevándola al " DIRECCION005 ", sito en la CALLE001 donde se alojaba, repitiendo los mismos actos sexuales ya descritos, sin fuerza ni violencia

6.- Tras la anterior, el mismo 02/12/2014 Evaristo se desplazó en taxi con Micaela , a petición de esta, al domicilio en DIRECCION006 de su tía Araceli , a quien Micaela le dijo que tenía problemas con su padre y ante quien Evaristo se presentó como el padre de una amiga de Micaela , mandándole Araceli que se marchase, hablando con su sobrina, que finalmente narró a su tía las relaciones que había tenido con Evaristo , y avisando Araceli al padre de Micaela , Alejandro , que la tarde del día 3 de Diciembre de 2014, tras llevar a su hija al HOSPITAL000 " de DIRECCION007 , donde fue reconocida por el pediatra de guardia y una médico forense, presentó denuncia en la Comisaría de Policía de DIRECCION007 .

7.- Micaela como consecuencia de los hechos no ha presentado de momento secuelas, no excluyéndose que puedan aparecer en el futuro.

8.- Evaristo en la época de los hechos no tenía antecedentes penales vigentes apreciables a efectos de reincidencia".

SEGUNDO. - La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Evaristo , como autor de tres delitos de ABUSO SEXUAL ya definidos sin circunstancias modificativas, a las penas de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN por cada uno de los delitos, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo, y de PROHIBICIÓN DE ACERCARSE al municipio de DIRECCION000 y a menos de 500 metros a Micaela , a su domicilio y a su lugar de estudio o de trabajo, Y DE COMUNICAR con ella y sus familiares por cualquier medio durante el tiempo de duración de la prisión y un año más, a que INDEMNICE a Micaela en 4.000 euros (cuatro mil), y al pago de un tercio de las costas, y debemos absolver y absolvemos a Evaristo de los delitos de amenazas y contra la administración de justicia de que también venía acusado, declarando de oficio dos tercios de las costas.".

TERCERO. - Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Evaristo , anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO. - El recurso formalizado por Evaristo , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero. - Quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850 1. 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Segundo. - Infracción de precepto constitucional, conforme al artículo 5.4 de la Lev Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del art. 24 de la Constitución .

Tercero. - Infracción de ley, conforme al artículo. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida del artículo 20.1° del Código Penal y subsidiariamente inaplicación del artículo 21.1° en relación con el artículo. 20.1º del Código Penal .

Cuarto. - Infracción de Lev conforme al art. 849.2° de la Lev de Enjuiciamiento Criminal cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos. que demuestren la equivocación del juzgado sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

QUINTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 27 de agosto de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 9 de mayo de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - 1. En el recurso que centra nuestro examen casacional se censura la sentencia de 20/03/2018, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias , que ha condenado al hoy recurrente por la comisión de tres delitos de abusos sexuales a penas de 10 años de prisión, por cada uno de ellos, accesorias, prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima, así como al pago de las costas procesales y responsabilidades civiles.

En el primero de los motivos del recurso y al amparo del artículo 850.1 de la LECrim se argumenta que en la tramitación del juicio se ha producido un quebrantamiento de forma al denegar una prueba pericial interesada por la defensa y al denegarse la formulación de determinadas preguntas a testigos y peritos. Este primer motivo tiene, por tanto, dos submotivos.

En el que inicia la exposición se alega que compareció a juicio como perito a propuesta de la defensa la Dra. Serafina , quien ratificó su informe indicando que eran necesarias nuevas pruebas psicométricas para determinar la **imputabilidad** del acusado por lo que, siendo discordante ese informe con los restantes obrantes en la causa y evidenciándose la necesidad de un nuevo informe complementario, debió accederse a esa pretensión. Se alega también que la prueba denegada tiene una relevancia incuestionable en el fallo de la sentencia y que se formuló la pertinente protesta frente a la denegación, conforme a lo exigido por el artículo 659 de la LECrim .

En el segundo submotivo se aduce que se denegaron determinadas preguntas a los testigos Micaela y a su padre, Alejandro , y también se denegaron preguntas a los facultativos que elaboraron los informes obrantes en la causa, si bien no se identifican las preguntas que fueron denegadas y, sobre todo, su pertinencia e indispensabilidad.

2. Según se recuerda en la STS 663/2018, de 17 de diciembre , que resume una doctrina jurisprudencial constante, el derecho a defenderse de una acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba pertinentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo, al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales , y del derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .

En nuestro ordenamiento, aunque podría considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías, su rango constitucional deriva de su reconocimiento expreso y singularizado en el artículo 24 de la Constitución . La propia norma fundamental nos indica que el derecho a la práctica de pruebas en el proceso penal no es absoluto ya que se refiere a los medios de prueba "pertinentes", lo que permite al tribunal rechazar aquellas pruebas que no tengan esa consideración, situación expresamente prevista en los artículos 659.1 y 785.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

La determinación de la pertinencia de una prueba no siempre es sencilla pero, como dijo esta Sala en la STS 459/2008, de 2 de diciembre , el objeto del proceso, en función del cual se determina la pertinencia, es un concepto unitario y global que viene determinado por el conjunto de las alegaciones de todas las partes tanto de la acusación como de la defensa, por lo que las pruebas de la acusación deberán ir dirigidas a acreditar todos los hechos determinantes de la pretensión de condena y también serán pertinentes las pruebas de la defensa dirigidas a contraprobar lo alegado por la acusación o a desvirtuar las pruebas de que ésta intenta valerse.

El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC 70/2002, de 3 de abril), afirmación que nos lleva a resumir los presupuestos inexcusables para que pueda prosperar una queja por denegación de pruebas y que son los siguientes: a) Las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso; b) En caso de denegación indebida de la prueba, que siempre debe ser motivada, se debe reiterar la petición en el Procedimiento Abreviado (artículos 785.1 y 786.2 de la LECrim) y, si se mantiene la decisión, es preciso formular protesta tanto en el Procedimiento Abreviado como en el Sumario Ordinario (artículos 785 , 786 y 659 de la LECrim ; c) Si se trata de prueba testifical han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta y d) y, por último, la prueba denegada debe tener relevancia para el fallo de la sentencia.

Respecto de esto último hemos dicho recientemente en la STS 652/2018, de 14 de diciembre , con cita de otras sentencias anteriores (SSTS 719/2017 y 545/2014, de 26 de junio), que cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso " *para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo"* .

La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim . Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón. Y en la misma resolución citada se precisa que *"en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio ex post. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori, convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva"* .

Esta posición doctrinal es congruente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, en STC 142/2012, de 2 de julio , al analizar el derecho a la prueba en el ámbito del *art. 24.2 de la CE , argumenta que "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor". También tiene dicho que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución (STC 45/2000, de 14 de febrero)".*

3. El presente caso la denegación de la prueba pericial interesada por la defensa fue pertinente y procedente. El tribunal contó con cuatro informes periciales realizados a instancia de la defensa: El informe de la Dra. Penélope de 19 de julio de 2017, los informes de la doctora Raimunda de 11 de julio de 2017 y de 2 de enero de 2018, y el informe de la doctora Serafina de 5 de febrero de 2018. El hecho de que esta última perito considerara procedente la realización de nuevas pruebas no es de por sí suficiente para invalidar las conclusiones de los restantes peritos y para llegar a la convicción de que los informes carecían de una base empírica suficiente para establecer conclusiones sobre la capacidad mental del acusado. En este caso el tribunal ha contado con

prueba suficiente para la acreditación de este hecho, por lo que la denegación de una prueba pericial adicional no fue inmotivada o injustificada. La denegación fue pertinente, lo que nos conduce al rechazo de esta queja.

4. En cuanto a la denegación de concretas preguntas a testigos y peritos, el recurrente no ha identificado las preguntas que hayan podido causar indefensión y tampoco ha precisado qué extremos fácticos no se han podido acreditar o se han declarado probados de forma indebida por consecuencia del ejercicio de las facultades de dirección del presidente del tribunal. La queja, por tanto, no puede ser acogida.

El motivo se desestima.

SEGUNDO . - 1. En el segundo motivo del recurso y a través del cauce establecido por el artículo 852 de la LECrim , en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 de la Constitución se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia. Se reitera en este alegato la queja por la denegación de prueba, que ha constituido el objeto del anterior motivo y que ya ha sido debidamente analizada en el fundamento jurídico precedente, por lo que nos remitimos a su contenido para evitar inútiles repeticiones.

En relación con la vulneración del principio de presunción de inocencia el reproche casacional se concreta en los siguientes argumentos:

a) Se ha vulnerado el derecho a no declararse culpable por cuanto la sentencia ha valorado como prueba de cargo el silencio del acusado durante la fase de instrucción.

b) Se estima insuficiente la prueba de cargo porque el testimonio fundamental es el de la menor pero se destaca que ha cambiado su versión durante el proceso, ha prestado en juicio una declaración muy sucinta y poco esclarecedora, y ha incorporado a su declaración nuevos hechos de los que no se había tenido noticia, por lo que su versión no puede gozar de credibilidad ni puede servir para acreditar que los encuentros entre ella y el acusado fueran más allá de simples besos, no existiendo certeza siquiera de que se hubiera producido uno de los encuentros, el ocurrido en el mes de agosto.

c) Por último, se argumenta en el recurso que se han valorado indebidamente como indicios antecedentes policiales y antecedentes penales cancelados que en modo alguno pueden servir para dar certeza a los hechos enjuiciados en el presente proceso.

2. Para centrar nuestro análisis conviene hacer una sucinta reseña sobre el principio de presunción de inocencia y las consecuencias que dicho principio conlleva cuando se invoca en vía casacional. Como recuerda la STS 125/2018, de 15 de marzo , entre otras muchas, la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia impugnada se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el *iter* discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente. En definitiva, a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presenció para, desde ella, confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y de suficiente contenido incriminatorio y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

3. El motivo es improsperable. La condena establecida en la sentencia de primera instancia tiene su justificación en prueba de cargo suficiente y correctamente valorada.

En primer lugar, no se ha valorado el silencio del acusado como un indicio o prueba de cargo. En la sentencia simplemente se ha constatado ese silencio para destacar su versión durante el plenario, pero sin atribuir a esa postura procesal ningún tipo de consecuencia en la valoración de la prueba.

En segundo lugar, es cierto que se han valorado los antecedentes penales y policiales por agresión sexual pero, y así se expresa en la sentencia, como simple indicio periférico o de corroboración de la versión de la víctima.

Los antecedentes penales refieren un hecho acreditado por sentencia firme, por lo que, al margen de su relevancia para la apreciación de la agravante de reincidencia, acreditan la comisión del delito correspondiente, con la relevancia probatoria que en cada caso sea procedente.

Distinta consideración merecen los antecedentes policiales. Este tipo de registro suele ser utilizado como indicio para justificar una restricción de derechos fundamentales durante la fase de instrucción (STC 15-06-2009, nº 148/2009 y SSTS 09-04-2015, nº 220/2015 y 23-07-2018, nº 376/2018). En sentido inverso, la ausencia de antecedentes penales puede ser valorada como un indicio, junto con otras pruebas, para concluir en un pronunciamiento absolutorio (STS 08-06-2018, nº 49/2018). Pero, como regla general, los antecedentes policiales han sido destacados como un indicio probatorio de notable debilidad, ya que se refieren a actuaciones policiales de resultado incierto o desconocido, lo que no impide que puedan tener algún valor, como indicio periférico, como refuerzo de corroboración junto a otros indicios de mayor peso y solidez.

En este caso los antecedentes policiales han sido valorados al único objeto de reforzar la afirmación sobre la credibilidad del relato de la víctima, dado que la credibilidad ha sido establecida a partir de otras circunstancias de mayor peso y consistencia. Los antecedentes policiales no llevan a afirmar que los hechos objeto de acusación sean ciertos. Su interés probatorio es mucho menor, se limitan a constatar que la declaración de la víctima guarda coherencia con la historia personal del supuesto autor. Se trata de una inferencia razonable y de límites muy precisos y limitados.

c) La sentencia de instancia hace una cuidada valoración del testimonio de la víctima, que no cabe calificar de irrazonable o arbitraria, ni contraria a los criterios jurisprudenciales de esta Sala o del Tribunal Constitucional. Se destaca la persistencia en la incriminación, dado que la menor ha declarado hasta en cuatro ocasiones, sin que en los datos esenciales haya habido contradicciones. Se explica que la falta de precisión en el número de encuentros puede tener su justificación en que se trata de un hecho prolongado en el tiempo y en la edad y limitaciones mentales de la víctima, apreciación de todo punto razonable. Se refiere la inexistencia de móviles de resentimiento o espurios que pongan en cuestión la credibilidad del relato como pudiera ser un interés económico de los familiares, dada la situación de insolvencia del recurrente, e incluso atendida la actuación procesal de alguno de ellos, como el padre, que ni siquiera se ha personado en el procedimiento. A todo ello debe añadirse que los hechos se conocieron, no por denuncia directa o inicial de la menor, sino por un hecho casual como lo fue el que el acusado se presentara en el domicilio de la tía de la menor diciendo que era el padre de una amiga de Micaela , lo que debió dar lugar a sospechas porque se le dijo que se fuera de la vivienda y se le pidió a la niña explicaciones, confesando lo sucedido. También se destaca que el escaso nivel de cociente intelectual de la menor y el hecho de que no fuera muy expresiva durante el juicio, contestando casi siempre con monosílabos, no afecta a la credibilidad, porque el relato de la menor no contenía hechos extraños o fabulaciones, habiendo aportado detalles de relevancia para la confirmación de los hechos, como los reseñados por un agente policial en relación con la estancia en el DIRECCION005 . Por último, la versión ofrecida por la menor ha sido corroborada por los siguientes hechos: Los registros en los distintos hostales o pensiones; el reconocimiento del acusado de haber viajado en cuatro ocasiones DIRECCION000 para estar con la menor; los informes del Instituto Nacional de Toxicología, que advirtieron la presencia de semen en la vagina de la niña el día de la denuncia, los informes médicos sobre la conformación del órgano genital de la menor que hacía posible la introducción de dedos de forma repetida, tal y como declaró la víctima y, por último, los antecedentes penales y policiales del sospechoso, sobre los que nos hemos pronunciado con anterioridad.

A partir de todas estas pruebas no se puede objetar que el tribunal haya dado crédito a la versión de la menor, no sólo sobre los encuentros con el acusado sino también en relación con los actos de naturaleza sexual realizados con la niña que, por su edad y nivel de madurez, no estaba en disposición de prestar consentimiento. Los hechos objeto de acusación han sido acreditados con suficiencia y mediante una valoración razonable de las pruebas practicadas en el plenario, lo que conduce a la desestimación del motivo.

TERCERO. - En el tercer motivo y a través del cauce de la infracción de ley que posibilita el artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la aplicación indebida del artículo 20.1 CP , y subsidiariamente 21.1 en relación con el 20.1 del Código Penal, por no haberse apreciado la eximente completa o incompleta de anomalía o alteración psíquica.

Siguiendo la doctrina establecida de forma reiterada por este tribunal y de la que es exponente la STS 799/2017, de 11 de diciembre , entre otras muchas, "el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1

LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es plantear una discordancia jurídica con el tribunal sentenciador sobre unos hechos probados, ya inalterables. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado".

En este caso el juicio histórico de la sentencia no indica que el acusado tuviera limitadas o disminuidas sus facultades intelectivas o volitivas al tiempo de cometer los hechos, por lo que ningún error de subsunción puede apreciarse en el hecho de que no se haya apreciado la eximente o atenuante de "alteración o anomalía psíquica". Desde esta perspectiva el motivo no puede ser estimado. Sin embargo, lo que subyace en la queja, y que también ha sido censurado por otra vía procesal en el motivo primero, es la ausencia de prueba sobre el grado de **imputabilidad** del acusado, cuestión que debería haber sido planteada por la vía de la vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva y que, atendiendo a la voluntad impugnativa, se le va a dar respuesta desde esa perspectiva.

En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia impugnada se realiza una completa valoración de la **imputabilidad** del acusado y se destacan las conclusiones de los informes periciales y otros datos adicionales que han permitido al tribunal afirmar la inexistencia de una patología mental que impidiera o limitara al autor para comprender la ilicitud del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión. Ninguno de los informes periciales ha afirmado la existencia de patología psíquica alguna, a salvo de una deficiencia mental ligera. El recurrente no tiene reconocida invalidez en el ámbito administrativo y tampoco ha sido incapacitado judicialmente. En la sentencia se abunda en las habilidades del recurrente para su vida diaria y, así, se señala que es titular de varias cuentas bancarias, sabe manejar un ordenador, ha viajado solo y ha concertado solo su alojamiento. A todo ello podríamos añadir un dato que, de existir patología, a buen seguro, se habría aportado al proceso: No consta ningún tipo de tratamiento médico, ni ingresos hospitalarios, ni atención especializada que ponga en evidencia que el recurrente padece una anomalía o trastorno que elimine o disminuya su capacidad de culpabilidad.

Según recuerdan las sentencias de esta Sala número 251/2004, de 26 de febrero y número 742/2007 de 26 de septiembre , en el sistema del Código Penal vigente, el artículo 20.1 ª, y en relación con él el 21.1ª y el 21.6ª, exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión. La jurisprudencia anterior al vigente Código ya había declarado que no era suficiente con una diagnóstico clínico, pues era precisa una relación entre la enfermedad y la conducta delictiva, "ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo" (SSTS núm. 51/2003, de 20 de enero). En este caso ni se ha acreditado el diagnóstico de una patología que justifique la apreciación de la eximente ni tampoco se ha acreditado que durante el periodo en que ocurrieron los hechos enjuiciados el recurrente tuviera limitadas sus facultades mentales.

El motivo se desestima.

CUARTO. - 1. A través del artículo 849.2 de la LECrim se denuncia la existencia de error en la valoración de la prueba, basado en documentos que obran en autos.

Se señalan como documentos a efectos casacionales los informes periciales sobre el acusado que son contradictorios entre sí, que precisarían de un informe complementario y nuevas pruebas diagnósticas y que, pese a todo, han concluido afirmando de forma errónea que el acusado no padece ningún tipo de deficiencia que determina su inimputabilidad.

Se citan también como acreditativos de error los informes biológicos que evidencian la existencia de restos de semen en la zona vaginal de la menor y no en la boca, lo que contradice el relato fáctico al afirmar que la menor practicó una felación al acusado.

Se señala como documento a efectos casacionales la declaración del agente policial NUM002 y se afirma que fue un testigo de referencia por lo que sus manifestaciones no pueden ser utilizadas para acreditar los datos de un testigo directo, en este caso, la madre de la dueña del DIRECCION005 . También se citan las declaraciones del padre de la menor que no aportó ningún dato sustancial para el esclarecimiento del caso o las declaraciones de la propia menor que estuvieron plagadas de contradicciones

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

2. Según se indica en la reciente STS 207/2017, de 28 de marzo , "la finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 LECr im, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones, el error que se denuncia y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario (STS núm. 126/2015, de 12 de mayo). Por tal motivo esta Sala viene afirmando de modo constante que el motivo de impugnación ha de fundarse en auténticos documentos, y no en otra clase de pruebas; que esos documentos deben ser literosuficientes, es decir, deben evidenciar por su propio contenido un error fáctico; que los datos acreditados por el documento no deben estar en contradicción con otras pruebas y que los datos debe ser relevantes para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia (SSTS 936/2006 y 778/2007 , entre otras muchas).

Se ha discutido si los informes periciales son documentos a efectos de fundamentar este motivo de casación ya que las pericias, en principio, son pruebas personales y no documentales, aunque el informe se documente por escrito. A pesar de ello, a los informes periciales se les ha reconocido virtualidad para fundamentar una pretensión de modificación del relato fáctico de la sentencia, con arreglo al artículo 849.2 de la LECrim , siempre que concurran las siguientes circunstancias:

a) Que se trate de un solo informe o varios coincidentes sobre los mismos elementos fácticos y que el tribunal los haya valorado como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere de forma relevante su sentido originario.

b) Que se cuente con un solo informe o varios coincidentes y, pese a no disponerse de otras pruebas, el tribunal de instancia llegue a conclusiones divergentes sin expresar las razones que lo justifiquen o sin dar una explicación razonable de esa divergencia (SSTS. 182/2000 de 8 de febrero , 1224/2000 de 8 de julio , 1572/2000 de 17 de octubre , 1729/2003 de 24 de diciembre , 299/2004 de 4 de marzo y 417/2004 de 29 de marzo).

En el primer caso se demuestra un error al incorporar a los hechos las conclusiones del único informe pericial, y en el segundo se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo (STS. 2144/2002 de 19.12).

3. En este caso el motivo casacional se articula alrededor de distintas pruebas. En relación con la existencia de informes periciales contradictorios la propia afirmación de la existencia de esa contradicción entre los informes periciales conlleva la desestimación del motivo dado que no se trata de informes coincidentes que hayan sido valorados de forma contraria a su propio contenido o que no hayan tomados en consideración apartándose de sus conclusiones de forma inmotivada. Se trata de informes no coincidentes que precisan de una valoración judicial para su apreciación y que, por sí mismos, no acreditan ningún error en el relato fáctico.

El tribunal de instancia ha apreciado la **imputabilidad** del acusado de forma razonada y extensa. En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, después de dejar constancia de que el acusado no está incapacitado judicialmente y de que no es un minusválido en el ámbito administrativo, y después de hacer una extensa referencia a su modo de vida y capacidades para la vida ordinaria, analiza los cuatro informes periciales y afirma la plena **imputabilidad** de forma razonada y motivada, valorando pormenorizadamente las conclusiones de cada informe, incluido el realizado a instancias de la defensa. Por lo tanto, los informes periciales aludidos no acreditan error alguno en el relato fáctico de la sentencia.

En relación con los informes biológicos tampoco evidencian por sí que el tribunal haya errado en la valoración del acervo probatorio dado que el hecho de que no aparecieran restos biológicos de semen en la boca de la menor no excluye que la penetración bucal denunciada pueda ser acredita por otras pruebas. Los informes en cuestión no excluyen los hechos declarados probados por la sentencia ni evidencia por sí error alguno.

Y, por último, en cuanto a las declaraciones que se reseñan como demostrativas de error cabe indicar que no son documentos a efectos casacionales. Señalando estas pruebas se pretende una reconsideración completa de la valoración probatoria practicada en el juicio, lo que rebasa notablemente el limitado ámbito del cauce casacional que habilita el artículo 849.2 de la LECrim . En el fundamento jurídico segundo de la sentencia ya hemos abordado la valoración crítica de la prueba y a su contenido nos remitimos.

El motivo se desestima.

QUINTO. - De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso de casación.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

F A L L O

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

1.º **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por Evaristo contra la sentencia número 9/2018, de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de marzo de 2018 .

2.º Condenar al recurrente al pago de las costas procesales causadas por el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet

Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ