



Roj: **STS 1975/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1975**

Id Cendoj: **28079120012019100375**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2019**

Nº de Recurso: **931/2018**

Nº de Resolución: **307/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 307/2019

Fecha de sentencia: 12/06/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 931/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Albacete, Sección Segunda.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 931/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 307/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 12 de junio de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL** y por la representación del acusado **D. Alexis**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Segunda, que le condenó por delito de abusos sexuales, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Díaz Muñoz.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000 incoó Procedimiento Abreviado con el nº 34 de 2017 contra Alexis y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Segunda, que con fecha 30 de octubre de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"En diciembre de 2014, en la vivienda familiar de Alexis, boliviano mayor de edad y con permiso de residencia en España, sita en CALLE000 NUM000 de DIRECCION000, Albacete, donde convivía con su esposa y la hija de ambos, Modesta, nacida el NUM001.2000, y con ocasión de una visita familiar de Ildefonso, boliviano mayor de edad y con permiso de residencia, hermano de Alexis, prevaleciendo de su condición de tío de la menor, entró en la habitación donde ésta dormía y con la intención de satisfacer sus instintos sexuales la tocó los pechos y genitales mientras la decía que era muy guapa y que la quería. En marzo de 2015, residiendo ya la familia de Alexis en AVENIDA000 NUM002, NUM000 de la misma localidad, Ramón, mayor de edad y amigo de la familia, accedió a la habitación de Modesta y con ánimo libidinoso también la tocó por todo su cuerpo preguntándola si quería tener con él relaciones sexuales. Durante la madrugada del 6 de agosto de 2015, tras regresar Alexis a la indicada vivienda muy borracho por ingesta de alcohol, aprovechando su condición de padre y que dormía Modesta se introdujo en su cama y le tocó pechos y genitales, incluso al menos frotó su pene con los glúteos de la menor".

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

"1º.- Condenamos a Ildefonso como autor de un delito de abusos sexuales a la pena de 21 meses de multa, con cuota diaria de 15 euros (o responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas), inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante dicho tiempo, prohibición de comunicación de cualquier forma y de aproximación a Modesta, a su domicilio por 4 años, y a la medida de libertad vigilada durante 2 años. 2º.- Condenamos a Ramón, como autor de un delito de abusos sexuales a la pena de multa de 18 meses, con cuota diaria de 15 euros (o responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas), inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante dicho tiempo, prohibición de comunicación de cualquier forma y de aproximación a Modesta o a su domicilio por 3 años, y a la medida de libertad vigilada durante 2 años. 3º.- Condenamos a Alexis como autor de un delito de abusos sexuales a la pena de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante dicho tiempo, inhabilitación especial para ejercer la patria potestad de Modesta durante 6 años, prohibición de comunicación de cualquier forma y de aproximación a ésta y a su domicilio por 6 años, y a la medida de libertad vigilada durante 6 años. 4º Condenamos a éstos a indemnizar solidariamente en 4.000 euros cada uno de ellos a Modesta, así como al pago de las costas procesales. Notifíquese a las partes, así como a Modesta y a su madre como representante legal de la misma (art 792.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), dando cumplimiento al art 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

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 el **Ministerio Fiscal** y por la representación del acusado **Alexis**, 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.- I.- El recurso interpuesto por el **Ministerio Fiscal** lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 21.1, en relación con el 20.2 (eximente incompleta de intoxicación etílica), y en relación con el art. 68, todos preceptos del Código Penal.

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

Primero.- Se formula al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra C.E. en su artículo 24, número 2, en relación

con el artículo 53, número 1, del propio Texto Constitucional, por falta de racionalidad en el proceso de valoración de los elementos de cargo y descargo, ofrecidos en el plenario.

Segundo.- Vulneración del principio de la tutela judicial efectiva, art. 24.1 C.E., por haberse discriminado negativamente toda la prueba de descargo, no habiendo resuelto todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y la defensa.

Tercero.- Error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de documentos que demuestran la equivocación del Tribunal, no desvirtuados por otras pruebas.

Cuarto.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 850 de la LECRIM, en su número segundo, por quebrantamiento de forma al no haber practicado la prueba testifical de doña Ruth, prueba admitida y no practicada por motivos no imputables a esta parte y al tribunal. Lo que debería dar lugar a la nulidad del procedimiento y a su retroacción hasta el momento de la vista.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto por la representación del acusado, impugnó todos sus motivos, dándose igualmente por instruida la representación del acusado Alexis, quien impugnó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, quedando conclusos los 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 29 de mayo de 2019, 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 de Alexis, contra la Sentencia de fecha 30 de octubre de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete que le condenó como autor de un delito de abusos sexuales a la pena de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante dicho tiempo, inhabilitación especial para ejercer la patria potestad de Modesta durante 6 años, prohibición de comunicación de cualquier forma y de aproximación a ésta y a su domicilio por 6 años, y a la medida de libertad vigilada durante 6 años.

Se interpone recurso por la Fiscalía y por el condenado antes citado.

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 21.1, en relación con el 20.2 (eximente incompleta de intoxicación etílica), y en relación con el art. 68, todos preceptos del Código Penal.

Sostiene la Fiscalía que se pretende corregir la aplicación del derecho para lograr la eliminación de la eximente incompleta de intoxicación etílica. Se estima que los Hechos Probados no contienen la completa descripción de los elementos que conforman la eximente indicada, por lo que procede la supresión de la misma y de los efectos penológicos aplicados.

En efecto, se sostiene por la Fiscalía que la Sentencia declara probado que: "Durante la madrugada del 6 de agosto de 2015, tras regresar Alexis a la indicada vivienda muy borracho por ingesta de alcohol, aprovechando de su condición de padre y que dormía Modesta se introdujo en su cama y le tocó los pechos y genitales...".

Se añade que en los Fundamentos de derecho, en el apartado dedicado a la prueba, refleja que la víctima declaró que la noche de los hechos su padre regresó a casa "muy tomado". Pero ninguna referencia contiene la Sentencia sobre la motivación fáctica y jurídica de la atenuante que se cuestiona. Solo en la determinación de la pena, explica que, por la agravante de prevalimiento de parentesco, hay que partir de la mitad superior (de cuatro a seis años de prisión) de la pena señalada para el delito (de dos a seis años), y por la atenuante de intoxicación etílica del art. 21.1, en relación con el 20.2, CP, rebajar la pena, al menos, en un grado, y por ello impone la de tres años de prisión.

En dos parámetros ubica la Fiscalía el error existente:

1.- Falta de mención acerca de la afectación al sujeto del consumo de alcohol:

La embriaguez, como circunstancia modificativa de la responsabilidad, exige la confluencia de dos elementos imprescindibles: la causa, una intoxicación aguda producida por la ingesta de bebidas alcohólicas, y el efecto que consiste en la afectación de las bases de la **imputabilidad** -intelecto y voluntad- de modo que será la intensidad de la alteración la que nos dará la pauta para graduar la **imputabilidad** desde la inoperancia en la responsabilidad hasta la exoneración completa o incompleta de la misma.

2.- Falta de mención en los hechos probados de esa afectación a la conciencia y voluntad.

Los Hechos Probados de la Sentencia que se impugna reflejan la causa cuando dicen que el procesado, la noche de los hechos, llegó a casa muy borracho por ingesta de alcohol, pero silencian cualquier referencia al efecto, nada dicen de la afectación real de las facultades intelectivas y volitivas del agente, lo que impide apreciar la eximente por falta de uno de los elementos esenciales que la conforman.

Lo que en esencia se plantea por el Fiscal es que para apreciar una circunstancia que exima o aminorare la **imputabilidad** del sujeto, es preciso no solo la presencia de la causa biopatológica, sino también la constatación de la afectación real de las bases de la **imputabilidad** y determinar la intensidad de tal afectación. No es suficiente con precisar la causa que las origina, es obligado especificar los efectos producidos en el caso concreto.

La deficiencia de datos constitutivos de la circunstancia modificativa no puede determinar la apreciación de la eximente incompleta, como la insuficiencia de elementos típicos del delito impide la condena.

En efecto, debe prosperar el alegato de la fiscalía, ya que en modo alguno existe una referencia o mención en los hechos probados del resultado de la afectación del consumo de alcohol en el condenado, ahora también, recurrente. Pero, es más, en el Fundamento de Derecho 4º se recoge:

4.- Circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes. Ni se alegan ni se aprecian circunstancias modificativas de la responsabilidad penal agravantes (al margen de las específicas ya expresadas) ni atenuantes.

Es decir, en la propia sentencia se recoge que no se aprecia ni admite circunstancia alguna modificativa de responsabilidad penal, y tan solo a la hora de determinar la pena se incide en que:

*"Por el delito reseñado en el tercer párrafo, prevista la pena entre 2 a 6 años de prisión, pero en su mitad superior por el parentesco, esto es, de 4 a 6 años de prisión y accesorias, pero **concurriendo la circunstancia atenuante de intoxicación etílica (art 21.1 en relación con el art 20.2 CP)**, procede rebajar la pena al menos en un grado (art 68 CP) abarcando así una horquilla de 2 a 4, fijándose en 3 años, si a los tocamientos se añadieron actos más reprochables como los frotamientos descritos en los HECHOS PROBADOS".*

Es decir, que sin explicar ni motivar las razones de su imposición, sin hacer mención en los hechos probados al alcance de la afectación, y, es más, no asumiendo en el Fundamento jurídico atinente a las atenuantes o eximentes concurrentes que lo haga ninguna en este caso se admite una rebaja en la pena apreciando una eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.2 CP, con absoluta ausencia de motivación y razonamiento al respecto que justifique o avale este reconocimiento de un extremo, o hecho, que debe resultar tan probado como el hecho mismo, y no solo ello, sino explicada y argumentada su apreciación en la sentencia.

Y, por último, en el fallo, ni tan siquiera se cita que concurra atenuante o eximente incompleta alguna, ya que se limita a decir que *Condenamos a Alexis como autor de un delito de abusos sexuales a la pena de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante dicho tiempo, inhabilitación especial para ejercer la patria potestad de Modesta durante 6 años, prohibición de comunicación de cualquier forma y de aproximación a ésta y a su domicilio por 6 años, y a la medida de libertad vigilada durante 6 años.*

Es decir, se obvia cualquier mención a la concurrencia de una atenuante o eximente incompleta alguna, sino que se limita a reconocer su autoría, el tipo penal por el que es condenado y la pena impuesta que se detalla con la rebaja en un grado sin argumento alguno que lo justifique, ampare o apoye.

Pues bien, debe estimarse el motivo del Ministerio Fiscal, ante la carencia absoluta de sostén jurídico alguno para apreciar o estimar la eximente incompleta que es reconocida solo en la directa determinación de la pena sin explicación ni motivación alguna.

Posibilidad de agravar la condena en sede casacional, no alterando los hechos probados y por la vía del art. 849.1 LECRIM realizar la correcta subsunción jurídica al estimar mal apreciada una eximente incompleta.

Con respecto a esta opción debemos recordar que, como dijimos, tampoco en esta sede casacional se "efectúa una nueva valoración de los hechos considerados probados en primera instancia y los reconsidera" ni se "procede a una nueva valoración de los elementos de hecho" (expresión del asunto Spînu c. Rumanía, nº 32030/02, § 55, 29 de abril de 2008, luego muy reiterado). **Ahora en casación, no se trata ya de verificar un nuevo juicio sobre la prueba, sino, tras el examen de las razones dadas por el Tribunal de apelación para atenuar el pronunciamiento condenatorio, examinar si se dan las razones exigidas para la apreciación de una eximente incompleta, lo que en este caso no se justifica en modo alguno.**

Y, como postula la Fiscalía, no se trata de revocar la Sentencia para sustituirla por otra con un pronunciamiento más grave sobre la base de una nueva valoración de las pruebas sin respetar la garantía constitucional de

los principios de publicidad, inmediación y contradicción, posibilidad vedada por la conocida Jurisprudencia del Tribunal Europeo, del Tribunal Constitucional y del Supremo (SSTC. 46/2011 de 11.4 , 45/2011 de 11.4 , 127/2010 de 29.11 , y STS. 236/2012 de 22.3 , 24/2010 de 1.2).

Es decir, con absoluto respeto a los Hechos Probados, se trata de corregir la aplicación del derecho, tarea propia del Recurso que mediante este escrito se interpone (SSTS 400/2013, de 16 de mayo y 58/2017, de 7 de febrero, con cita de sentencias del Tribunal Constitucional y referencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Asimismo, señalar que, en el ámbito del propio recurso de casación, se ha tratado la posibilidad de sustituir la sentencia absolutoria recaída en la instancia por una sentencia condenatoria o de agravar la condena en vía de recurso. Al respecto, citaremos la STS 19-06-13 , donde se corrige un error de subsunción para apreciar la agravante de alevosía, partiendo estrictamente del relato fáctico, porque la doctrina del TEDH no se opone a la revisión de sentencias en perjuicio del acusado sin necesidad de audiencia personal **cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas, que es la función que legalmente le corresponde realizar** .

La posibilidad de revisión en casación de errores de subsunción jurídica, o como en este caso, de no apreciación de atenuantes o eximentes incompletas por error de apreciación, o claras omisiones técnicas de planteamiento de circunstancias modificativas de responsabilidad penal puede llevarse a cabo en vía casacional ante recurso de la acusación, como aquí ha ocurrido. Recuerda esta Sala en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 108/2015 de 10 Nov. 2015, Rec. 1716/2014 que:

"La revisión en el primer caso, por vía del artículo 849.1 se concreta en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia...

Lo que faculta es una declaración jurídica relativa a la subsunción de los hechos que no exija ni una revaloración de la prueba ni una modificación del hecho probado. Es decir, cuando el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica (entre otras SSTS 500/2012 de 12 de junio , 138/2013 de 6 de febrero o 717/2015 de 29 de enero) .

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina constitucional (SSTC 153/2011 de 17 de octubre y 201/2012 de 12 de noviembre). En particular, en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 88/2013, de 11 de abril de 2013 "se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o **agravación en vía de recurso** , aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre **cuestiones estrictamente jurídicas** (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio o 2/2013, de 14 de enero)", e insiste en que " **si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público** , pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril y 153/2011, de 17 de octubre)".

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el Art. 123 CE , es precisamente la que realiza a través del cauce de la infracción de ley. Ésta permite corregir errores de subsunción y fijar criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley. Todo ello sin perjuicio de la función unificadora que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, se proyecta sobre el ordenamiento procesal penal.

En la función de tutela de derechos fundamentales, que también le corresponde a este Tribunal de casación con carácter primario, no actúa esta Sala sin embargo como órgano supremo, pues está determinada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, que en esta materia puede revisar sus resoluciones (artículos 123 y 161 b CE). Revisión que no se extiende constitucionalmente a la interpretación de la norma penal ordinaria.

Es por ello, muy relevante, que el Tribunal Supremo pueda realizar con efectividad esta función unificadora, tanto en los supuestos en los que los órganos sentenciadores interpretan erróneamente los tipos penales en perjuicio del reo como si lo hacen en perjuicio de las víctimas o perjudicados.

Precisamente en este segundo ámbito (la corrección de la interpretación errónea de los tipos penales realizada en perjuicio de las víctimas o perjudicados), absolutamente necesario por razones de seguridad jurídica y

para garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, estriba la diferencia esencial entre la competencia jurisdiccional de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pues éste, como regla general, solo puede corregir los supuestos de extralimitación típica a través del recurso de amparo por vulneración del principio de legalidad penal, pero en ningún caso los supuestos de indebida inaplicación de la norma sancionadora, que solo vulneran por defecto el referido principio".

Recordaremos, también, que ya expuso esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 155/2018 de 4 Abr. 2018, Rec. 1314/2017 que:

En cualquier caso, las opciones que cabría aplicar en este caso son: (STS 865/2015, de 14 de Enero)

1.- El principio general es que cuando el Tribunal de instancia haya establecido los hechos probados tanto objetivos como subjetivos sobre la base, en todo o en parte, de pruebas personales la rectificación de cualquiera de aquellos para construir un nuevo relato fáctico que dé lugar al dictado de una sentencia condenatoria o un agravamiento de la anterior requiere de una audiencia pública en la que sea oído el acusado, circunstancia no contemplada en la norma.

2.- La vía para revocar sentencias absolutorias (o agravamiento de la condenatoria) solo se circunscribe a una doble opción:

a.- A través del motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECRIM con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia al acusado

b.- Cuando la pretensión punitiva de la parte recurrente no haya tenido respuesta alguna del tribunal de instancia, o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, de manera que de esta forma haya vulnerado lo recogido en los arts., 24.1 , 9.3 y 120.3 CE en cuanto el derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos.

c.- Revocación a través del motivo de infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECRIM , limitándose a la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados sin verificar ninguna valoración de prueba nueva practicada en la instancia (STS 865/2015, de 14 de Enero). No obstante, esta opción de acudir a la vía del art. 849.1 LECRIM para revocar una sentencia absolutoria y condenar solo cabe en la vía del error de derecho (art. 849.1), no del error de hecho (art. 849.2). Y ello porque no cabría proceder a valorar en el caso del alegato de error de hecho pruebas personales, aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento que se invoca. Y como apunta la STS 70/2014, de 3 de Febrero que señala que puede afirmarse que no es posible en casación a través del art. 849.2 LECRIM transmutar una absolución (aun parcial) en condena.

d.- Revocación por no haber obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o ser la misma arbitraria o irrazonable (STS 865/2015, de 14 de Enero).

La STS 309/2014 recoge la siguiente doctrina: "Recuerdan las recientes STS 400/2013, de 16 de mayo , y STS 333/2012, de 26 de abril , que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico".

En este escenario nos enfrentaríamos, ahora, con una revisión estrictamente jurídica en torno a la subsunción de la estimación errónea de una eximente incompleta por el Tribunal, que la acusación pública cuestiona con acierto y que debe analizarse en este caso, ya que al tratarse de una estricta cuestión jurídica es posible la revisión en sede casacional sin alterar los hechos probados, y no efectuar una nueva valoración de la prueba, sino estrictamente revisar si está debidamente aplicada la eximente incompleta que el Tribunal ha apreciado, con absoluto incumplimiento de los presupuestos básicos para su admisión, y obviando la doctrina aplicable en este tipo de casos para apreciar la vía de la eximente incompleta en casos de consumo de alcohol y comisión de un hecho delictivo.

Valoración acerca del incumplimiento de los requisitos para apreciar la eximente incompleta del art. 21.1 CP en relación con el art. 20.2 CP en los casos de alcoholemia.

En un segundo punto e incidiendo en si se cumplen los presupuestos para la apreciación de la eximente incompleta, decir que a la hora de valorar si estuvo correctamente aplicada la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.2 CP debemos recordar que el art. 20.2 CP reconoce como eximente:

2.º **El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.**

Y el art. 21.1 CP admite como atenuante que puede elevarse a la categoría de eximente incompleta en aplicación del art. 66.1.2º CP para fijar que:

Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

Con ello, en relación al art. 20.2 CP se exige que se produzca ese estado "al tiempo de cometer el delito", **pero, también, su afectación a la conciencia y voluntad del sujeto de anularle o limitarle de forma grave su capacidad a la hora de ejecutar el acto, y, por ende, afectando a la imputabilidad, siendo preciso que conste claramente este segundo presupuesto de forma clara, palpable, razonada y razonable en la sentencia**, circunstancia que no consta en absoluto en este caso, y es lo que motiva la impugnación de la fiscalía al reconocerse, nada menos, que una eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.2 que lleve a rebajar la pena en un grado por el art. 66.1.2º CP.

Hay que precisar que en torno a la admisión del consumo de bebidas alcohólicas como eximente incompleta debemos recordar que para poder apreciar la circunstancia de consumo de alcohol, sea como una mera atenuante, sea como una eximente incompleta, es imprescindible que conste probada la concreta e individualizada **situación psicofísica del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la duración de la adicción al alcohol como a la singularizada alteración de las facultades intelectivas y volitivas cuando ejecutó la acción punible**; sin que la simple y genérica expresión de que el acusado era adicto al consumo de alcohol, o que había bebido bastante sin mayores especificaciones y matices, permita aplicar una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones (SST 577/2008, de 1-12; 315/2011, de 6-4; 796/2011, de 13-7; y 738/2013, de 4-10).

Se insiste en la exigencia de prueba por la defensa de estos extremos de la misma manera, y con igual carga probatoria que a la acusación los hechos que se le exigen para la condena, de las bases para apreciar esa anulación de la conciencia y voluntad del sujeto a la hora de perpetrar el acto. Así, en la misma línea, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 692/2017 de 20 Abr. 2017, Rec. 37/2017 señala que:

"Se advierte una ausencia de datos objetivos para determinar el estado psicopatológico de la procesada en el momento de los hechos, y aunque existía documentación acreditativa de consumo de sustancias estupefacientes (o alcohol) no había sido diagnosticada desde hacía cuatro años. No consta, pues, que en el momento de cometer los hechos estuviera bajo los efectos del síndrome de abstinencia, ni que tuviera sus facultades volitivas o intelectivas tan alteradas que no fuera consciente del alcance de sus actos. **Para apreciar la eximente o la eximente incompleta se requiere la anulación o la perturbación grave de las facultades intelectivas o volitivas del sujeto activo, y ese requisito no se advierte en la imputabilidad de la recurrente, tal como se razona en la sentencia de instancia.**

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 645/2018 de 13 Dic. 2018, Rec. 10456/2018 añade que:

"Es asimismo doctrina reiterada de esa Sala SS. 27.9.99 y 5.5.98, que el consumo de sustancias estupefacientes (o alcohol), aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede, pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas (o alcohol), ni basta con ser drogadicto (o alcohólico) en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos (o alcohólico), **ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del Sujeto.**

Pero por más flexibilidad que quiera atribuirse a la aplicación, no ya de la inviable eximente incompleta, sino de la atenuante, su marco jurídico no puede desconectarse de una exigencia clave, a saber, su significación causal, **su perturbadora influencia en la voluntad del acusado.**

Además, no podría convertirse en analógica porque se exige la afectación al momento de los hechos. Una adicción al alcohol menos grave no determina que ello sea causa del delito, o le haya influido en su comisión, que es lo que permite aplicar la rebaja de la pena. Es decir, que debe constar una afectación a la conciencia y voluntad del sujeto autor del delito, y ello debe constar acreditado y motivado en la sentencia, lo que en este caso no ocurre, por lo que resulta improcedente aplicarla en la forma en la que lo ha hecho el Tribunal.

La exención -completa o incompleta- deriva de la producción de un "estado" de intoxicación plena -o menor, si se trata de exención incompleta-. Tal estado ha de producir unos efectos sobre la capacidad de culpabilidad del autor. Ésta debe aparecer anulada -o muy mermada, en la exención incompleta- porque se anulen, o mermen, las facultades de comprensión de ilicitud del acto y de que el comportamiento se acomode a dicha comprensión.

La atenuante se funda por la concurrencia de un doble requisito:

- a) la existencia de adicción a tóxicos o alcohol que, en todo caso, debe ser "grave", calidad que debe entenderse referida a la intensidad de la misma y
- b) que esa adicción se convierta en causa de actuar delictivo, es decir que se trate de la denominada delincuencia funcional, entendiéndose por tal aquella cuya ejecución se dirige a dar respuesta a las demandas que acucian al sujeto por razón de la adicción al alcohol en este caso.

Así, frente a la plenitud en la afectación de la eximente completa, la eximente incompleta, precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia del alcohol, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva, lo que no consta en modo alguno.

Esto es a lo que se refiere con acierto la Fiscalía cuando reclama que para apreciar una circunstancia que exima o aminoré la **imputabilidad** del sujeto, es preciso no solo la presencia de la causa biopatológica, sino también la constatación de la afectación real de la bases de la **imputabilidad** y determinar la intensidad de tal afectación. No es suficiente, con ello, con precisar la causa que las origina, es obligado especificar los efectos producidos en el caso concreto. La deficiencia de datos constitutivos de la circunstancia modificativa no puede determinar la apreciación de la eximente incompleta, como la insuficiencia de elementos típicos del delito impide la condena.

Y en este caso la **insuficiencia de estos datos exigentes es absoluta**, ya que:

- 1.- No consta en los hechos probados la afectación que le provocó el consumo de alcohol.
- 2.- No hay motivación alguna acerca de su afectación a la conciencia y voluntad del sujeto.
- 3.- Incluso en el fundamento de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal se hace constar que no se aprecia ninguna.
- 4.- En la parte dispositiva no se recoge el reconocimiento de la eximente incompleta.
- 5.- Solo en la determinación de la pena se rebaja en un grado sin mayor especificación, incumpliendo la doctrina afectante al reconocimiento de las circunstancias modificativas de responsabilidad penal.

Debe, por ello, estimarse el motivo planteado por la Fiscalía, y, por ello, la pena aplicable al hecho probado, como así se reconoce en la sentencia, es de 4 a 6 años, por lo que aun teniendo por válido que el consumo de alcohol se puede aplicar como atenuante, según consta en el hecho probado, y así se reconoce en este caso, se impondría la pena de cuatro años de prisión en el mínimo de la mitad superior por la concurrencia de la circunstancia del art. 183.4 d) CP que la eleva a un arco de entre 4 y 6 años, suprimiendo la aplicación de la eximente incompleta de embriaguez.

Se estima el motivo del recurso del Fiscal.

RECURSO DE Alexis

TERCERO.- 1.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia garantizado en el art. 24.2, en relación con el art. 53.1 CE.

Frente a la impugnación que realiza el recurrente hay que recordar que el hecho probado, en cuanto se refiere a los que cuestiona el mismo señalan que:

"Durante la madrugada del 6 de agosto de 2015, tras regresar Alexis a la indicada vivienda muy borracho por ingesta de alcohol, aprovechando su condición de padre y que dormía Modesta se introdujo en su cama y le tocó pechos y genitales, incluso al menos frotó su pene con los glúteos de la menor".

Apela el recurrente que se vulnera la presunción de inocencia, y ante ello hay que señalar que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS. 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12, STS 45/2011 de 11 Feb. 2011) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis

de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso, es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE , sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de

la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar **debe analizar el "juicio sobre la prueba"** , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, **se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"** , es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"** , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 :

" El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral .

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.

2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que **la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio"**.

b.- El segundo cuando **exige una valoración racional de la prueba testifical** .

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , o de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Pues bien, el recurrente cuestiona que no es válida como única prueba la declaración de la víctima que sostiene que *la presunta penetración del padre fue "por detrás"*. *Giro inesperado, aun tratándose del mismo tipo penal, y que falta una prueba rotunda y contundente respecto a los supuestos abusos primeramente denunciados, consistentes en tocamientos en pecho y genitales.*

El recurrente cuestiona que la Sentencia nada dice del informe psicológico elaborado por el Instituto de Medicina Legal y Forense de DIRECCION000 , que descarta el abuso dada la ausencia de secuelas psicológicas. Sugiere que el testimonio pudo estar motivado por resentimiento de la niña, quien ante los servicios de tutela reconoció que no estaba bien cuidada y esa situación de abandono se agravó al sentirse relegada cuando su hermana menor llegó a vivir a España.

Sin embargo, hay que puntualizar que la condena lo es por abuso sexual, no por acceso carnal, y que el hecho probado en cuanto a ese abuso se refiere a que *le tocó pechos y genitales, incluso al menos frotó su pene con los glúteos de la menor*".

El Tribunal ante quien se practicó la prueba con su intermediación acepta absolutamente la veracidad de la declaración de la víctima señalando que "sus respuestas resultaron convincentes, sinceras y coherentes o persistentes en relación a lo declarado en fase de instrucción e incluso a terceras personas tras ocurrir los hechos, por lo que lo dicho se considera correspondiente con la realidad. No se aprecia interés vengativo ni espúrio respecto a quienes denuncia, incluso todo lo contrario".

Y con respecto a los hechos probados referidos al recurrente abunda en que:

"En cuanto a los hechos atribuidos a su padre, en agosto de 2015, siempre refiere los tocamientos durante la noche o madrugada, cuando regresó a casa "muy tomado", describiendo la sangre que apreció y manchó la ropa o sábanas, que siempre refiere, que le llamó la atención si bien en un principio achaca a motivos accidentales (evidenciando el ánimo conciliador o por no creer que realmente su propio padre llegara a causárselo, lo que excluye su inveracidad o ánimos torciteros o falsedades); testimonio que ratifica en el Juzgado; y que en juicio describe de igual forma, que fue "por detrás", etc.

Inexistencia de contradicciones relevantes en el relato de la víctima

La ausencia de secuelas "físicas" no contradice el testimonio incriminatorio, cuando no se alega en ningún momento que se empleara violencia. Y, por otro lado, no se advierte resentimiento ni celopatía ninguna que haga dudar de la credibilidad de la testigo, como denuncia la Defensa del acusado afectado, sino incluso lo contrario (al margen de los hechos denunciados, recuerda y habla de su padre con cariño). En definitiva, los distintos relatos de la testigo de cargo no evidencian contradicciones, pues, aunque pueda añadir datos o matices, incluso alguna relevante pero que ya se vislumbraba desde la declaración policial (como la aparente penetración causante del sangrado, con la que concluye resignada con el paso del tiempo), detalles nunca incompatibles entre sí o respecto a otras narraciones históricas.

Suele ser objeto de alegación con frecuencia la existencia de contradicciones en las declaraciones de los acusados, víctimas o testigos en sus diversas manifestaciones que llevan a cabo tanto en sede policial, como ante el juzgado de instrucción y su comparación con la llevada a cabo en el plenario. No obstante, cuando se alega el concepto de **contradicción** no debe perderse de vista que, técnicamente, por tal debería entenderse aquello que es antagónico u opuesto a otra cosa. Y en la mayoría de los supuestos en que se alega la pretendida contradicción se centra o ciñe más en cuestiones de matices respecto al contenido propio de las declaraciones.

Por ello, no puede cuestionarse la valoración de la prueba a la que llega el Tribunal cuando admite la valoración de la declaración de la víctima, o de testigos de cargo alegando que sus declaraciones fueron otras, cuando, en realidad, a lo que se refieren es a aspectos de matices sin la relevancia propia que tendría técnicamente una **declaración antagonista o contradictoria** de la víctima o de un testigo.

Nos movemos, entonces, en el terreno de la valoración de la prueba, que nos lleva al respeto del principio de intermediación, que no tiene alcance en sede casacional. Y ello, aparte de entender que la contradicción que se alega cuando se emplea este motivo por la vía de la presunción de inocencia no se refiere a declaraciones que se oponen entre sí, sino a declaraciones que no son idénticas.

En algunos casos debe tenerse en cuenta las circunstancias que concurren a la hora de prestar declaración las víctimas, sobre todo cuando se trata de delitos contra la libertad o indemnidad sexual. Así, las víctimas de esta clase de delitos pueden ir venciendo barreras para ir concretando más aspectos de detalle que puede que no precisaran en las primeras declaraciones, al enfrentarnos a hechos que muchas víctimas prefieren ocultar, o que el impacto del delito les provoque una merma que no les lleva a expresarse con total detalle, y que solo el paso del tiempo permite que se extiendan en los mismos.

Por otro lado, debe entenderse en delitos en los que son víctimas menores que no siempre se mantendrán en una declaración idéntica, al tratarse de actitudes de sus agresores sexuales que no entienden, pero que les causa un gran daño emocional, lo que les puede llevar a realizar un desarrollo expositivo que va evolucionando conforme declaran, y que a raíz de cómo se lleve a cabo el interrogatorio responderán con mayores o menores matices, pero esas diferencias no esenciales no debe conllevar a entender que mienten.

El Tribunal es el que debe valorar con su intermediación si quien ha declarado falta a la verdad. Es quien valora la prueba pericial de los peritos que examinan a las víctimas, a tenor de expresar si fabulan, o no. Es quien tras la práctica de la prueba lleva a cabo su examen conjunto y forma su convicción acerca de lo que declara el acusado, la víctima y los testigos.

En esta línea, suele confundirse la existencia de matices en las declaraciones de víctimas y testigos, ampliatorias unas de otras, con la realidad de lo que debe entenderse por una **declaración contradictoria**, en cuanto viene a suponer que se contrapone o contradice de modo absoluto con lo declarado en una fase y otra.

Ello suele darse cuando los acusados declaran en la fase sumarial a presencia letrada y en el juicio oral y existe una **abierta contradicción** entre ambas declaraciones, o lo mismo ocurre con los testigos. En estos supuestos es sabido que la vía procedente es la de la lectura de las declaraciones sumariales para "elevantas al plenario" y poder el Tribunal llevar a cabo su función valorativa otorgando más valor o credibilidad a una declaración frente a otra y motivando este alcance de la convicción.

Pero en estos supuestos se trata de una práctica operativa distinta, ya que aquí sí que concurre una patente y clara **contradicción** al modo y manera de **declaraciones esencialmente diferentes**. De ello se evidencia que no puede predicarse lo mismo de las "contradicciones" en las declaraciones expuestas anteriormente y que se ubican en matices ampliatorios, aclaratorios, o complementarios de iniciales declaraciones, con las básicamente contradictorias a las que nos referimos en el segundo de los supuestos.

Corroboración del testimonio con otros medios de prueba

Dicho testimonio resulta contrastado o corroborado de varios modos:

a.- Los **peritos refieren en juicio que no apreciaron signos de fabulación**, mostrando la menor vergüenza y siendo coherente el contenido de los hechos. Y, por otro lado, el hecho de que aceptara la menor salir de la vivienda familiar y vivir en un Centro de Acogida, es muy indicativo de que los hechos ocurrieron, como también lo evidenciaría o corroboraría el nerviosismo que mostró en tal momento (informe en juicio de los trabajadores sociales).

b.- Como también lo es el informe en juicio de los miembros de la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores, cuando refieren que Modesta estaba emocionalmente hundida, indicando tras convivir con ella cómo "no tiende a exagerar" y que su comportamiento ha revelado ser el habitual en personas víctimas de abusos sexuales, todo lo cual corrobora la veracidad de los hechos objeto de acusación.

c.- El hecho de que su pediatra, también testigo, no apreciara síntoma de abuso no excluye los hechos, pues su intervención médica nunca estuvo relacionada con abusos sexuales, que nunca valoró, por lo que tampoco excluye dicho testigo su comisión".

En consecuencia, el alegato del recurrente cuestionando los medios probatorios valorados por el Tribunal no tiene virtualidad ante la adecuada motivación del Tribunal y la credibilidad que le merece la declaración de la víctima, no exigiéndose secuelas físicas, por cuanto el relato de hechos probados es el que ya hemos citado, y quien valora la pericial es el Tribunal, no el perito que se limita a exponer su informe y es el Tribunal el que en coherencia con el resto de pruebas, y con una valoración conjunta llega a su convicción.

Y sobre la valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal por el Tribunal esta Sala ha señalado en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 119/2019 de 6 Mar. 2019**, Rec. 779/2018, que:

"Es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Y así podemos citar los siguientes:

- 1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
- 2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
- 3.- Claridad expositiva ante el Tribunal.
- 4.- "Lenguaje gestual" de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.
- 5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.
- 6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.
- 7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.
- 8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.
- 9.- La declaración no debe ser fragmentada.
- 10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.
- 11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.

Por otro lado, ante las líneas generales anteriores a tener en cuenta sí que es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor o "revictimización" por volver a revivir lo sucedido al contarlo de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes:

- 1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.
- 2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.
- 3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.
- 4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.
- 5.- Deseo al olvido de los hechos.
- 6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración".

Pues bien, el Tribunal ha tenido en cuenta estos parámetros y estos criterios, ya que ha sido sumamente descriptivo en la valoración de la declaración de la víctima, otorgándole plena credibilidad en la misma, y no percibiendo atisbo alguno que haya descrito hechos tan graves como los relatados si éstos no hubieran ocurrido, y que ella no hubiera sido victimizada en la forma en que lo hizo.

Refiere el recurrente que se descartó la existencia de secuelas psicológicas, pero ello no es relevante o excluyente de la admisión de los hechos que se describen en el relato de hechos probados. La declaración de la víctima no evidencia contradicciones relevantes y es posible que, al principio, pueda mantener en ocasiones una víctima de estos hechos un relato que más tarde sea más concreto, dado que se trata de hechos que se cometen por familiares y sobre los que los menores mantienen una línea de ocultación o silencio al no llegar a comprender que su familiar realice actos como los declarados probados, realizando una especie de encubrimiento de hechos que más tarde acaba concretando con más detalle, como aquí ha ocurrido, en secuencia de declaraciones que se repiten con frecuencia en abusos sexuales a menores cometidos por sus padres o personas de su entorno familiar. Y sin que estas mayores precisiones formuladas conforme el procedimiento avanza suponga una merma de la credibilidad de sus declaraciones, atendidas las especiales características de esta "delincuencia sexual en el hogar" que lleva a las propias víctimas a silenciar que lo son, y los hechos por los que son víctimas.

Es por ello, por lo que se entiende absolutamente razonado y motivado el juicio de valoración llevado a cabo por el Tribunal.

El motivo se desestima.

CUARTO .- 2.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE .

Señala el recurrente que no se han tenido en cuenta las pruebas de descargo planteadas por la defensa. Alega que los peritos descartaron cualquier tipo de abuso, o que las testigos de la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de menores, también reconocieron en el plenario que "los padres no la cuidaban bien", y que Modesta estaba emocionalmente hundida porque sus padres, no la cuidaban bien, que el Informe elaborado por el Equipo Directivo y el equipo de Orientación, del Instituto DIRECCION001 , sito en la Localidad de DIRECCION000 (Albacete), documentos 225 a 227 de los Autos, ratificado en el Plenario, en el que se advierte, entre otras cosas, de las constantes ausencias a clase de la menor, Modesta , y repetidas faltas de asistencia al centro escolar, durante el curso 2014-2015, la mala relación con su hermana, frente a sus padres y el diferente trato que alegaba, la testifical de Doña Virtudes , amiga íntima de la familia y conviviente durante años con todos ellos, quien declaró que nunca presenció abuso alguno, ni nada extraño en relación entre padre e hija, para apuntar que los abusos no han existido y que se trata de la historia de una adolescente, con una grave enfermedad, crónica incurable, que solo percibe desatención y abandono en su entorno familiar, que se materializa en frustración y resentimiento y que finalmente estalla en cólera e ira en noviembre de 2015, cuando se entera que su madre, ha estado en el nuevo centro donde empieza a cursar estudios, hablando de ella.

Pues bien, debe puntualizarse que el contexto en el que ha vivido la menor víctima de los hechos probados reconocidos en la sentencia puede haber sido en la forma narrada por el recurrente, y que no se descarta la veracidad de los extremos expuestos, pero ello no puede ser obstáculo para dudar de la veracidad de su declaración, ya que pueden coexistir las situaciones expuestas de problemas en la vida de la víctima sin que

ello impida conceder credibilidad a una situación descrita como se ha expuesto en los hechos probados donde la menor ha sido víctima de distintos episodios de abusos sexuales, el tercero del ahora recurrente. Por ello, se trata de una menor con una situación complicada en su entorno y vida familiar, pero agravado, además, por un contexto de episodios de abusos sexuales en su propio hogar por distintas personas y en este caso por el propio recurrente, lo que es más grave aún, y tiene el reproche penológico de la imposición de la pena en su mitad superior, si bien en el grado mínimo que propone la fiscalía, por lo que, como se ha expuesto, aunque se admitiera la atenuante, que no eximente incompleta de alcoholemia, la pena se situaría en la pedida por el Fiscal de cuatro años de prisión.

Pero estas situaciones expuestas por el recurrente referidas a episodios de la vida de la víctima no permiten dudar de la veracidad de episodios de abusos sexuales como los relatados por la menor, no existiendo un resentimiento tal hacia el recurrente que le haga declarar ante el Tribunal con el convencimiento que traslada a éste en su declaración y llevando al juzgador a la plena convicción de que los hechos ocurren tal cual relata. Y ello, sin dudar que los extremos alegados por el recurrente hayan concurrido en ese periodo, pero sin que sean razones coadyuvantes para entender que la menor miente.

Se ha expuesto anteriormente que se llega por el Tribunal a la convicción de la veracidad y credibilidad en su declaración, y respecto a la pericial es el tribunal el que valora la prueba pericial, sin que la totalidad de las observaciones realizadas por un perito sean una especie de prueba tasada que lleve a trasladar a la sentencia una conclusión pericial, ya que la misión del perito es emitir su informe con arreglo a su leal saber y entender, pero es la del juez o Tribunal valorar esa prueba, pero en conjunto con el resto del material probatorio, no lo olvidemos.

No puede pretenderse que una conclusión del perito sea trasladable *ex lege* a una conclusión a aceptar de modo y forma inexorable por el Tribunal, ya que es la función de éste la de valorar el informe pericial en su conjunto y de ahí verificar una valoración conjunta en este caso con la declaración de la víctima en atención a los parámetros antes expuestos en nuestra reciente sentencia de esta Sala 119/2019, de 6 de Marzo .

Debemos recordar que, como apunta la doctrina, la prueba pericial es una actividad compleja para introducir en el proceso consideraciones de naturaleza técnica que no pueden ser interpretadas directamente por el Juez, referida a conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos fundamental para la resolución de determinados procesos en que son necesarios. **Sin embargo, el dictamen de peritos no acredita un hecho.**

Recordemos, a estos efectos, que en el análisis de esta prueba pericial la propia Sala Primera de este Tribunal Supremo en sentencia de fecha 23 de mayo de 2006 señala que "si el juez no posee los conocimientos técnicos necesarios, como ocurre con los de carácter médico, para fijar los hechos y para extraer las debidas consecuencias jurídicas en relación con la posible existencia de responsabilidad, la prueba pericial debe cumplir la función de proporcionárselos, puesto que la función del perito es la de auxiliar al juez, ilustrándolo sobre las circunstancias del caso, **pero sin privar al juzgador de la facultad de valorar el informe pericial, como en tantas ocasiones ha declarado la jurisprudencia, cosa que comporta concluir sobre los hechos y extraer las debidas consecuencias jurídicas, tanto en el orden de la causalidad, en su doble vertiente fáctica y jurídica**, como en el aspecto de la apreciación de culpa o negligencia determinante de responsabilidad civil (valorando la prueba pericial no sólo en sus conclusiones, sino ponderando su fundamentación, fuerza lógica y razón de ciencia, y relacionándola con las demás pruebas), pues otra cosa equivaldría a un abandono de la potestad jurisdiccional".

En este caso, la historia de la vida de la víctima no puede cercenar un criterio valorativo del Tribunal en el contexto y con la prueba tenida en cuenta por el Tribunal que éste ha relatado de forma detallada y motivada, a fin de concluir un concreto episodio de abusos sexuales, y las circunstancias personales que la víctima tenga con sus padres, o en el lugar donde cursa estudios, podrán ser circunstancias al margen de un concreto episodio de abusos sexuales, o además de ellos, pero el Tribunal ha valorado todas las declaraciones expuestas, y con independencia de que puedan coexistir otros factores negativos en la vida de la menor, el episodio concreto que ella relata lo es de abusos sexuales, como se ha declarado probado, no exigiéndose pruebas físicas en un contexto de abuso a menor sin violencia, o secuelas concretas psicológicas de gravedad para concluir que si no se dan es imposible el episodio de abusos que describe, y que, además, no es aislado, al contemplar el relato de hechos probados en el que es víctima de otros autores, además, lo que agrava el cuadro personal de una menor que es sometida a un contexto de ataques a la indemnidad sexual de la menor como el descrito en los hechos probados.

El Tribunal es claro y contundente, por ello, al describir que:

1.- Sus respuestas resultaron convincentes, sinceras y coherentes o persistentes en relación a lo declarado en fase de instrucción e incluso a terceras personas tras ocurrir los hechos, por lo que lo dicho se considera correspondiente con la realidad.

- 2.- No se aprecia interés vengativo ni espurio respecto a quienes denuncia, incluso todo lo contrario.
- 3.- Especialmente se ha comprobado la coherencia de sus distintas versiones, y resulta un testimonio persistente.
- 4.- No se advierte resentimiento ni celopatía ninguna que haga dudar de la credibilidad de la testigo, como denuncia la Defensa del acusado afectado, sino incluso lo contrario (al margen de los hechos denunciados, recuerda y habla de su padre con cariño).
- 5.- Los distintos relatos de la testigo de cargo no evidencian contradicciones, pues, aunque pueda añadir datos o matices, incluso alguna relevante pero que ya se vislumbraba desde la declaración policial (como la aparente penetración causante del sangrado, con la que concluye resignada con el paso del tiempo), detalles nunca incompatibles entre sí o respecto a otras narraciones históricas.
- 6.- Los peritos refieren en juicio que no apreciaron signos de fabulación, mostrando la menor vergüenza y siendo coherente el contenido de los hechos.
- 7.- El hecho de que aceptara la menor salir de la vivienda familiar y vivir en un Centro de Acogida, es muy indicativo de que los hechos ocurrieron, como también lo evidenciaría o corroboraría el nerviosismo que mostró en tal momento (informe en juicio de los trabajadores sociales).
- 8.- Como también lo es el informe en juicio de los miembros de la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores, cuando refieren que Modesta estaba emocionalmente hundida, indicando tras convivir con ella cómo "no tiende a exagerar" y que su comportamiento ha revelado ser el habitual en personas víctimas de abusos sexuales, todo lo cual corrobora la veracidad de los hechos objeto de acusación.
- 9.- El hecho de que su pediatra, también testigo, no apreciara síntoma de abuso no excluye los hechos, pues su intervención médica nunca estuvo relacionada con abusos sexuales, que nunca valoró, por lo que tampoco excluye dicho testigo su comisión.

Los extremos relatados en cuanto a la prueba de "descargo" no alteran la valoración de la prueba tenida en cuenta por el Tribunal en razón a su inmediación. Nótese que no es viable en esta sede proceder a alterar ese proceso de valoración que lleva a cabo el Tribunal, sino a comprobar el cumplimiento de los requisitos sobre la prueba tenida en cuenta y su motivación, pero no incidir en una nueva valoración por atender con preeminencia la prueba de descargo que refiere el recurrente. Lo que se exige del Tribunal es la constatación y referencia de "una prueba de cargo suficiente" para dictar la condena. Pero que no se admita la fuerza de la prueba de descargo no debe suponer que se vulnera la tutela judicial efectiva vía art. 24 CE, ya que lo que se exige es la comprobación de la suficiente motivación de la prueba de cargo tenida en cuenta, en comparación, evidentemente, con la prueba de descargo.

Con ello, como apunta la doctrina, para valorar y determinar la culpabilidad es posible aislar un elemento "objetivo" (la precitada "mínima actividad probatoria de cargo") y otro "subjetivo" (la "valoración" de ese material probatorio). **La prueba de descargo suele significarse como el "reverso" de la aportada por la acusación para fundar una declaración de condena.** Pero no quiere decir que cuando existan pruebas de descargo la condena es inviable, sino que la construcción de la prueba de descargo se enmarca en un proceso valorativo a llevar a cabo por el Tribunal en torno al peso probatorio de unas y otras pruebas, del que debe deducir y extraer el Tribunal un proceso valorativo que le lleve a concluir si la prueba de cargo es bastante para enervar la presunción de inocencia.

Ahonda, así, la doctrina en señalar que podemos convencionalmente calificar como prueba de cargo toda aquella que tienda a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes), por una parte, y por la otra la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la **imputabilidad**. En síntesis, las que se asignan como objetivo al sumario: averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes (art. 299 LECrim). Esta prueba de cargo corresponde hacerla a quien acusa y la de descargo a quien niega los hechos y el delito, pero que este la aporte no quiere decir que desvirtúe la fuerza probatoria de la de la acusación.

La prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio ; 87/2001, de 2 de abril ; 233/2005, de 26 de septiembre ; 267/2005, de 24 de octubre ; 8/2006, de 16 de enero ; y 92/2006, de 27 de marzo .

Cierto y verdad es que la defensa puede limitarse a negar los hechos, pero que aporte prueba de descargo no altera la fuerza de la prueba de la acusación. El Tribunal deberá valorarlas todas y compararlas en orden a admitir la existencia o inexistencia de prueba de cargo "suficiente", no desvirtuada por la aportada como de descargo.

En consecuencia, pese a los extremos alegados por el recurrente el contexto global de la prueba valorada por el Tribunal permite admitir la valoración llevada a cabo por el Tribunal ante quien se ha practicado la prueba.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 3.- Error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de documentos que demuestran la equivocación del Tribunal, no desvirtuados por otras pruebas.

En este motivo, aunque no se cita el art. 849.2 LECRIM como aplicable al mismo, se vuelve a incidir en las cuestiones ya antes expuestas en relación a que designa los documentos siguientes: el informe psicosocial elaborado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de 15 de julio de 2016, en el particular que dice "durante la exploración realizada a la menor no se observa presencia de sintomatología derivada de la situación de la denuncia" y el informe del pediatra, D. Jaime , de 22 de abril de 2016, en el que se descarta todo abuso o maltrato. Sostiene que ambos informes demuestran el error de los abusos descritos en el relato de hechos.

Debemos remitirnos a lo antes expuesto, y, como señala la Fiscalía, los informes periciales invocados carecen de valor, en los términos exigidos, para demostrar que los abusos descritos en el relato de hechos no han ocurrido realmente. El informe psicosocial, en el particular que dice no apreciar sintomatología derivada de la situación que se denuncia, en modo alguno excluye la realidad de los actos de abuso. Y el informe del pediatra, específicamente valorado en la Sentencia, tampoco es concluyente.

Y con respecto a la prueba pericial y su inclusión impugnatoria por la vía del art. 849.2 LECRIM hay que recordar que las pruebas periciales son excepcionalmente documentos a efectos casacionales, pero la norma general es que no sean auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sometidas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el art. 741. La comparecencia de los peritos en el juicio oral, como es habitual, permite al Tribunal disponer de la ventaja de la inmediación, y así poder completar y fijar el contenido básico del dictamen con las precisiones que realicen los peritos a las preguntas y repreguntas que les hagan las partes. Y como es doctrina reiterada, lo que depende de la inmediación, no puede ser revisado en casación - STS 168/2008, de 29 de abril -.

Como ya hemos expuesto en otras resoluciones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 182/2000 de 8 Feb. 2000, Rec. 404/1999) la propia relevancia de los dictámenes periciales, justifica la consolidada doctrina de la Sala relativa a la excepcionalidad de los mismos para entenderlos incluibles en el apartado segundo del artículo 849, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

- a) La existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos; y
- b) Dándose lo anterior, tratándose de hechos relevantes en relación con los efectos jurídicos pretendidos por las partes, siempre que el Tribunal haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ello. Concurriendo los requisitos anteriores la prueba pericial debe ser incluida en el supuesto del artículo 849.2 (también S.T.S. de 22/11/1999).

Lo que habrá que valorar es si los informes periciales que se invocan han sido contrarrestados por otros medios probatorios que han llevado a la convicción del Tribunal de que el relato de hechos se evidencia y desprende de la prueba practicada, y que ésta queda debidamente explicada en contradicción a los documentos que como pericial refiere la parte recurrente.

Se ha hecho mención al proceso valorativo del Tribunal en el anterior fundamento en el tema objeto del presente motivo al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

SEXTO .- 4.- Al amparo del art. 850 LECrim , por quebrantamiento de forma, al no haberse practicado la prueba testifical de Ruth , prueba admitida y no practicada.

Se limita este motivo a expresar no haber practicado la prueba testifical de doña Ruth , prueba admitida y no practicada por motivos no imputables a esta parte y al tribunal. Pero hay que reseñar que no se especifica en

qué medida le afecta la no práctica de la prueba que cita, ya que se limita al alegato de "su no práctica", siendo elemento sustancial en esta vía especificar en qué medida y por qué se produce la denominada trascendencia de la inadmisión, para lo que debe especificar en este tipo de motivos qué pudo declarar el testigo y sobre qué extremo de relevancia se erigía como testigo de descargo. La inadmisión de prueba o su no práctica no pueden alegarse como un mecanismo formal, sino que constituye un mecanismo material mediante el cual, no es la forma, sino el fondo, lo que debe plasmarse en el motivo casacional, lo que aquí no consta, limitándose a expresar la no práctica sin mayores aditamentos.

Pues bien, con respecto a la no práctica de una prueba propuesta y admitida en un juicio oral 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 inadmisibile "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 ó 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, circunstancia y requisitos no se cumplen en el presente caso al existir una absoluta ausencia de referencia acerca de la trascendencia de la inadmisión o no práctica de la prueba que cita el recurrente.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO .- Desestimándose el recurso del recurrente condenado, las costas se imponen al mismo (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 HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el **Ministerio Fiscal**, con estimación de su único motivo; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Segunda, de fecha 30 de octubre de 2017, en casa seguida contra el acusado Alexis, que fue condenado por delito de abusos sexuales. Se declaran de oficio las costas procesales.

Asimismo, **DEBEMOS DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación del acusado **Alexis** contra indicada sentencia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia 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.

Miguel Colmenero Menendez de Luarda Alberto Jorge Barreiro

Vicente Magro Servet Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 931/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 12 de junio de 2019.



Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 34/2017, dimanante de Diligencias Previas nº 795 de 2015 procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000 , seguido por delito de abusos sexuales contra los acusados Alexis , con NIE: NUM003 , nacido en Santa Cruz (Bolivia), el día NUM004 -1970, hijo de Victor Manuel y de Antonieta , con domicilio en AVENIDA000 , nº NUM002 - NUM000 de DIRECCION000 , y con antecedentes penales no computables en el presente procedimiento a efectos de reincidencia; Ildefonso , con NIE: NUM005 , nacido en Santa Cruz (Bolivia), el día NUM006 -1974, hijo de Victor Manuel y de Antonieta , con domicilio en C/ DIRECCION002 , nº NUM007 - NUM000 NUM008 . de DIRECCION000 , y sin antecedentes penales y contra Ramón , con NIE: NUM009 , nacido en Espinola (Ecuador), el día NUM010 -1974, hijo de Indalecio y de Micaela , con domicilio en Avda. DIRECCION003 , NUM011 - NUM000 NUM008 . de DIRECCION000 , y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 30 de octubre de 2017 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar al acusado, Alexis , como autor criminalmente responsable de un delito de abusos sexuales, previsto y penado en el art. 183.1 y 4 d) del Código Penal con la concurrencia de la atenuante de embriaguez del art. 21.2 CP a la pena de la pena de cuatro años de prisión, manteniendo el resto de las penas fijadas en sentencia, e imposición de costas.

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

Que debemos condenar y condenamos a Alexis , como autor criminalmente responsable de un delito de abusos sexuales, previsto y penado en el art. 183.1 y 4 d) del Código Penal con la concurrencia de la atenuante de embriaguez del art. 21.2 CP , a la pena de la pena de cuatro años de prisión, manteniendo el resto de las penas fijadas en sentencia, e imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarda Alberto Jorge Barreiro

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina