



Roj: **STS 3260/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3260**

Id Cendoj: **28079120012015100454**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2015**

Nº de Recurso: **1729/2014**

Nº de Resolución: **464/2015**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1897/2014,**
STS 3260/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil quince.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Donato**, contra Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de abuso sexual, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia; estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Navas Rodríguez. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Dos de los de Écija (Sevilla) instruyó PA nº 7/2012, contra Donato, y una vez concluso lo remitió inicialmente a un Juzgado de lo Penal que a su vez al no considerarse competente lo reenvió a la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Séptima) que, con fecha dos de junio de dos mil catorce, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<< Primero.- En la mañana del día 10 de marzo de 2012 el acusado D. Donato, cuyas circunstancias personales ya se han reseñado, acudió al domicilio de la familia Florinda Andrés, sito en la barriada Nueva Andalucía de Écija, a realizar unos trabajos de pintura.

Segundo.- Sobre las 13 horas abandonó la vivienda el matrimonio titular de la vivienda para ir al supermercado, quedando allí sus dos hijos menores, Florinda y Andrés, entonces de ocho y cuatro años de edad, respectivamente, viendo la televisión mientras el acusado realizaba sus tareas de pintor.

Tercero.- Aún ausentes los padres, cuando los dos menores dejaron de ver la televisión acudieron a entretenerse observando lo que hacía el pintor, y en un momento dado, aprovechando que quedó a solas con Andrés, el acusado le abordó diciéndole "que pichita tienes" y, bajándole sus ropas, dejó al aire su pene que con ánimo lúbrico manipuló llegando a chuparlo>>.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS.- Condenamos a D. Donato como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual a menor de trece años ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas que hayan podido devengarse en la tramitación de esta causa, incluidas las de la acusación particular.



Se le impone, además, la prohibición por cuatro años de aproximarse a menos de 300 metros de distancia a Andrés , a su domicilio o cualquier otro lugar frecuentado por él, y la de comunicarse con el mismo por cualquier medio. Estas medidas se cumplirán simultáneamente a las penas privativas de libertad.

En pago de responsabilidades civiles, D. Donato indemnizará al menor Andrés , a través de sus representantes legales, en la cantidad de mil euros (1.000 €) por los daños morales, debiéndose estar en ejecución de sentencia a lo prevenido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se ratifica el auto de insolvencia del acusado dictado en la pieza separada de responsabilidades pecuniarias.

Notifíquese esta sentencia al Ministerio Fiscal y al procurador de la acusación particular, así como al acusado personalmente y a su procurador, informándoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación a preparar ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación practicada>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el recurrente 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Donato .

Motivo primero .- Vulneración del art. 24.1 CE en relación con el art. 743 LECrim y 240 LOPJ . **Motivo segundo** .- Al amparo del art. 852.1 LECrim y 24.2 CE vulneración del derecho de defensa. **Motivo tercero** .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración del art. 24.2 CE . **Motivo cuarto** .- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º LECrim . **Motivo quinto**.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el art. 851. 4 LECrim .

4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, **impugnando todos los motivos del recurso** ; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día dos de julio de dos mil quince.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo de casación no fue objeto de anuncio previo (folios 93 y 94 del rollo de Sala). Versa sobre una deficiencia puesta de manifiesto en el periodo abierto para la formalización del recurso: algunas de las pruebas personales practicadas en el juicio oral -en concreto las declaraciones del acusado y las de dos policías que comparecieron como testigos- no quedaron reflejadas en la grabación, sustitutiva del acta escrita del juicio oral conforme a la vigente regulación. La imposibilidad de visionar esas declaraciones comportaría tanto menoscabo del derecho de defensa como lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por las dificultades para articular con plenitud de conocimiento el recurso y la correlativa incapacidad de esta Sala de contar con todos los elementos de juicio: algunos se le habrían hurtado. La única salida procesal y constitucionalmente viable sería la anulación del juicio y su reproducción ante una Sala integrada por magistrados diferentes de los que ya han intervenido para preservar su imparcialidad.

Evoca el recurrente la STS Sala 1ª 493/2012 que desarrolla con amplitud la doctrina atinente a esa incidencia procesal no insólita, aunque tampoco frecuente. No siempre será determinante de la nulidad. Pero si genera indefensión material esa ha de ser la respuesta. En este caso, el impugnante anuda a la imposibilidad tanto de la parte (el letrado es distinto del que asistió al acto del juicio oral) como de esta Sala de valorar unos medios de prueba personales no prescindibles pues se invoca la presunción de inocencia. No hay el más mínimo eco de esas declaraciones pues el acta sucinta, simultánea o complementaria, no recogió detalladamente más que las manifestaciones de los menores que no fueron objeto de grabación.

Las declaraciones de los menores que fundan la condena presentan contradicciones. Solo ponderando comparativamente la negativa del acusado y sus referencias en el plenario a su declaración sumarial a la que también se refiere la Audiencia podría decidirse con acierto si la presunción de inocencia ha sido legítimamente destruida.

Hasta aquí la síntesis del motivo que viene a erigirse en el soporte procesal de un incidente de nulidad.

SEGUNDO.- Hay que abordar primeramente una cuestión preliminar a la que se asigna cierta relevancia la no asistencia al juicio oral del profesional que ha formalizado la casación, haciéndolo además con destacable calidad. La sustitución de un letrado por otro no varía en principio las premisas que han de barajarse para abordar esta cuestión. Ciertamente la designación de profesionales de oficio como sucede aquí introduce



algún ingrediente diferenciador. En ese caso el Estado asume un deber de garante especial (STC 179/2014, de 3 de noviembre). Pero la parte es materialmente una y la misma: el acusado. El cambio de dirección letrada no diluye esa identidad y continuidad esencial. Ha de suponerse la comunicación entre acusado y letrado para que aquél pueda transmitirle su versión de los hechos, o el contenido de sus declaraciones. Igualmente, ha de partirse de la, aquí bien demostrada por la altura técnica y grado de elaboración de sus escritos, profesionalidad de los letrados y su atención y dedicación plena al asunto. Eso implica que quien toma el relevo ha podido recabar cuanta información pueda ser de interés de quien traspasa la dirección letrada a un nuevo profesional. Lo mismo que la sustitución de un letrado por otro no permite reabrir un periodo de proposición de prueba; o retroceder en el juicio oral; tampoco es argumento relevante a efectos de esta incidencia que se haya verificado una sustitución de letrado. La cuestión ha de ser examinada de manera idéntica a como lo sería si se tratase del mismo profesional.

TERCERO.- Despejada esta primera cuestión, analicemos el núcleo del problema.

Cita el recurso la STS 503/2012, de 5 de junio . Se dice en ella:

" El art. 788.6 LECr regula el acta del juicio oral en el Procedimiento Abreviado. Tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial el precepto se remite íntegramente al procedimiento ordinario: "En cuanto se refiere a la grabación de las sesiones del juicio oral y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 743 de la presente Ley ". El aludido art. 743 LECr . en la redacción actual, vigente ya en el momento en que se celebró el juicio oral y por tanto aplicable establece:

"1. El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El Secretario judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales...

... la documentación de las vistas ha de efectuarse de una forma u otra dependiendo de los medios técnicos de que disponga el órgano judicial: "en cascada" o con carácter subsidiario. La regla general es la grabación del juicio oral que constituye el acta a todos los efectos...

... El acta es esencial a efectos de recurso. En ella se incorpora la indispensable constancia documental de las formalidades observadas durante el desarrollo del juicio, las incidencias y reclamaciones que hubieran podido formularse durante las sesiones y el contenido esencial de la actividad probatoria. Por eso su levantamiento y corrección se puede vincular con el derecho a la tutela judicial efectiva y una de sus facetas que es el derecho a interponer los recursos de acuerdo con las previsiones legales. Esa relevancia del acta ha llevado a esta Sala de casación a declarar la nulidad del juicio oral cuando ha desaparecido el documento o no se ha producido la grabación, o la misma es tan defectuosa que deviene imposible su reproducción. "La sentencia que dicta un Tribunal sin contar con la documentación del acta del juicio oral es nula" (STS de 26 de abril de 1989). Incluso en algún caso se ha llegado a la solución, más discutible por suponer un salto entre planos diferentes, de anudar a la pérdida del acta la consecuencia de la absolución, aunque en ese supuesto el extravío se extendía a otras actuaciones (STS 525/1995, de 1 de abril) .

En todo caso no sobra recalcar aquí a la vista de las alegaciones de las partes que la grabación no modifica la naturaleza y límites de cada tipo de recurso. La posibilidad de visionar mediante la reproducción de la grabación la vista no altera los márgenes del recurso de casación marcados por la necesidad de respetar la valoración de la prueba efectuada en la instancia, con las garantías que proporciona el principio de inmediación. En ningún caso, la grabación del juicio implicará que el Tribunal Supremo pueda valorar de nuevo la prueba practicada ante la Audiencia. Dicha función corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia. Así lo reseña entre otras la STS 503/2008, de 17 de julio , Fundamento de Derecho Segundo. Incluso a efectos de un recurso de apelación tampoco se puede exacerbar su valor (STC 120/2009, de 18 de mayo) ...

El contenido de las declaraciones de los testigos y acusados está recogido en los términos básicos en ese acta. Y, como se ha dicho ya y se insistirá más adelante, no es compatible con un recurso de casación un reexamen de la prueba personal al margen del principio de inmediación. La imposibilidad de contar con la grabación de alguna sesión es irrelevante a efectos de resolver este recurso de casación y los empeños de los recurrentes en demostrar lo contrario no convencen "

El supuesto ahora tratado es diferente al que abordaba aquella sentencia en extremos no secundarios. No contamos con acta manuscrita o extendida por medios informáticos que supla la parcial omisión de la grabación. No se puede acceder a esas declaraciones. Pero las consideraciones incidentales que se hacían en ese precedente en relación al tipo de recurso arrojan luz para resolver este supuesto concreto.

La argumentación de tal sentencia revela que a efectos de un recurso de casación la no constancia de algunas declaraciones personales puede ser intrascendente.



Como argumenta persuasivamente el Ministerio Fiscal no puede hablarse de indefensión material a la vista del tipo de impugnación a la que nos enfrentamos, la naturaleza de los motivos invocados y las alegaciones que se vierten en ellos.

En materia de presunción de inocencia las funciones de esta Sala se constriñen a constatar la existencia de prueba de cargo suficiente. Sobrepassa su capacidad funcional una revaloración total de la prueba de cargo y de descargo para decidir a cuál debiera otorgarse más crédito. Para tal finalidad legal -resolver un motivo por presunción de inocencia- basta con comprobar la presencia de actividad probatoria de cargo y la corrección y racionalidad de la valoración de la Sala de instancia. Si ésta consideró más creíble la declaración en fase sumarial del acusado en contraposición a la efectuada en el acto del juicio oral y lo hizo con argumentos racionales, está vedado en casación invertir las apreciaciones haciendo prevalecer nuestro criterio sobre el de la Sala de instancia. Ni siquiera en rigor hemos de preguntarnos cuál sería nuestro criterio. Esa tarea está reservada legalmente al Tribunal de instancia.

Lo mismo cabe decir de eventuales datos que hubiesen aportado los agentes policiales -lo que por otra parte ni siquiera se apunta: es más, todo hace pensar que de esas declaraciones nada beneficioso para el recurrente podría extraerse y ni siquiera nada realmente trascendente o decisivo; son ellos quienes practicaron la detención y solo podrían dar cuenta de lo que les manifestó en aquel momento el acusado (folio 16)-. No son relevantes en casación esas testificales (que ni eran de descargo, ni podían referirse más que a hechos posteriores muy secundarios) en la medida en que la condena se basa en otras pruebas. Pudieron serlo en la instancia y la Audiencia pudo valorarlas y tomarlas en consideración para su convicción. Las presencié directamente sin que fuese necesario su reexamen mediante el vídeo. En cuanto no constituyen la prueba determinante de la condena, en casación ni siquiera deberían ser visionadas. Aunque apareciese la grabación no sería ni necesario, ni siquiera posiblemente correcto, reproducirlas. La parte -que es concepto más amplio que el profesional que ahora asume con brillantez su dirección técnica- conoció también el contenido de esas declaraciones. Está en condiciones de señalar su relevancia y llamar la atención sobre ella en el marco de un recurso de casación. Si no lo hace es con toda seguridad porque su incidencia en un motivo por presunción de inocencia es nula lo que, por otra parte, es lo habitual y ordinario.

El motivo ha de decaer pues contar con esas grabaciones no alteraría en nada los elementos con que esta Sala ha de abordar un motivo basado en la presunción de inocencia.

CUARTO.- Corroborra esta conclusión la doctrina sentada en la reciente STC 55/2015, de 16 de marzo :

"2. Antes de considerar las circunstancias acaecidas en el asunto de autos debemos determinar, con carácter previo, si la falta de documentación de las actuaciones de un proceso reviste relevancia desde la perspectiva de la lesión de los derechos fundamentales. En caso afirmativo, cuál sería el derecho concernido en este caso y el modo en que debería ser reparada su lesión:...

En lo que aquí específicamente importa, que es la grabación de la vista oral en los procesos penales [art. segundo, apartado 95, de la Ley 13/2009 , que reforma a tales efectos el art. 743 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) -el esquema regulador, en todo caso, se reitera en las normas relativas a los demás órdenes-], se dispone que si el Secretario Judicial cuenta con los medios tecnológicos necesarios, "garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías", lo que hace innecesaria su presencia en la Sala así como de tener que levantar acta, salvo ciertas excepciones (art. 743.2 LECrím). De no disponer de firma electrónica o sistema equivalente, el Secretario debe redactar acta sucinta con los datos identificativos mínimos de la sesión, ex art. 743.3 LECrím ("número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el Juez o Tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte")...

c) La doctrina de este Tribunal ha resaltado la importancia de la documentación de la vista en orden a la verificación de la existencia de prueba de cargo, en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): "El control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado de las diligencias de investigación en la actividad probatoria, en los términos señalados, sólo puede hacerse a través del correspondiente acta, levantada por el Secretario judicial que ... ha de documentar fehacientemente el acto y el contenido del juicio oral. Y en orden a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, ha de estarse a lo que el acta dice, y a lo que no dice. En consecuencia, no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba por el hecho de que se haya pedido e incluso que se haya admitido, si la actuación no queda reflejada en el único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente" (SSTC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 3 ; 118/1991, de 23 de mayo, FJ 3 ; 140/1991, de 20 de junio, FJ 3 ; 82/1992, de 28 de mayo, FJ 3 , y 92/2006, de 27 de marzo , FJ 3. En el mismo sentido, STC 22/2013, de 31 de enero , FJ 4). Esta doctrina, dictada



a propósito del acta escrita, resulta predicable sin dificultad dialéctica alguna a la grabación audiovisual como soporte de documentación.

También la actividad de documentación de la vista reviste importancia para comprobar el cumplimiento de otras garantías del proceso penal, ya no vinculadas al resultado de la prueba sino a la alegación de las pretensiones deducidas. Así, el derecho a la correlación entre acusación y defensa respecto de la Sentencia, en cuanto al enjuiciamiento del hecho punible (principio acusatorio, art. 24.2 CE), y el deber de congruencia de la Sentencia (derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE) en cuanto al objeto de la acción civil acumulada, donde este Tribunal ha dicho por ejemplo: "Como acertadamente le indicó al recurrente el Juez de apelación, y en este mismo sentido se han pronunciado el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, ha de estarse a lo que el acta dice y a lo que no dice (STC 118/1991 , por todas), y en este caso no dice que, en el acto del juicio, tuvieran lugar las alegaciones que ahora pretende hacer valer" (STC 307/1993, de 25 de octubre , FJ 2).

Según se evidencia de lo expuesto, debe concluirse que la documentación de las actuaciones no constituye un requisito de validez de los actos procesales, sino la prueba auténtica que permite constatar la realidad material de lo actuado. Ello podría afectar el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Esta doctrina ya se dejó sentada en la STC4/2004, de 14 de enero , FJ 5, que declaró que la pérdida de la documentación de las actuaciones no comporta en sí misma la vulneración de ninguna de las garantías esenciales del proceso .

3. Corresponde por tanto atender a las circunstancias del caso planteado por el recurrente, con el fin de constatar si se produce la indefensión que éste alega...

... tal ausencia de documentación no puede comportar en este caso la merma del derecho a la defensa (lesión del art. 24.1 CE) que se denuncia. El recurrente parte de una premisa, y es afirmar que la declaración de los peritos permitiría probar que no circulaba de manera imprudente o a velocidad excesiva en el momento en el que el vehículo del otro acusado causó el atropello. Este aserto, sin embargo, no se corresponde con el relato de hechos probados de la Sentencia del Juzgado, confirmada en apelación, ni con las pruebas que sustentan dicho factum . Los peritos se limitaron a hacer sus cálculos respecto del único vehículo que colisionó con los peatones, el del acusado don Severino , pues sólo sobre él podían realizarse estimaciones técnicas, según explica la Sentencia en el fundamento jurídico primero .

En cuanto al acusado aquí recurrente en amparo, la Sentencia señala que la conclusión de que conducía a velocidad excesiva no se obtiene por pericial, sino por el reconocimiento parcial de los hechos que hacen ambos acusados, así como diversas testificales, que situaban a ambos vehículos transitando casi en paralelo (el del recurrente, de hecho, delante del causante del atropello, al momento de producirse éste).

Por tanto, si las periciales no documentadas cuya valoración se propone en apelación no cuestionan la credibilidad de los testigos, ni lo declarado por los propios acusados, y teniendo en cuenta la absoluta lógica de la inferencia judicial, la conclusión que cabe extraer desde nuestra función de control externo, es que la defensa del recurrente no aporta una argumentación verosímil sobre la indefensión que dice sufrir por no poder contar en apelación con el registro audiovisual de dichas declaraciones periciales, de modo que lo manifestado por los peritos carece de toda relevancia para cambiar la relación de hechos probados de la Sentencia de instancia, tanto en lo referido a la velocidad de ambos vehículos, como a la fase semafórica, cuando fueron atropelladas las víctimas " .

Tampoco otorga el TC relevancia -a pesar de que se examinaba una apelación- al hecho de que se tratase supuestamente de prueba de descargo. En nuestro supuesto es ese dato relevante en relación a las manifestaciones del propio acusado:

"Se alega que la respuesta denegatoria dada por la Audiencia Provincial a la denuncia de indefensión comporta, en su consecuencia, la conculcación también del derecho a la presunción de inocencia del recurrente (art. 24.2 CE), al limitarse las dos Sentencias impugnadas a valorar la prueba de cargo, quitando indebidamente toda importancia a la de descargo contenida en la pericial practicada el 6 de marzo de 2011 .

Ciertamente, este Tribunal tiene fijada doctrina a tenor de la cual "...el principio de libre valoración de la prueba, reconocido en el art. 741 de la L.E.Cr ., exige para que pueda considerársele ajustado a la Constitución, que se ponderen los distintos elementos que constituyen la actividad probatoria, sin que de esa ponderación pueda excluirse, como ocurre en el caso que nos ocupa, la prueba de descargo realizada en el juicio oral, ya que ello supone desconocer los derechos del inculpaado consagrados en el art. 24.2 de la Norma fundamental..." (STC 145/1985, de 28 de octubre , FJ 6; en el mismo sentido, entre otras, SSTC 180/2002, de 14 de octubre, FJ 3 ; 148/2009, de 15 de junio, FJ 4 ; 104/2011, de 20 de junio, FJ 2 ; 88/2013, de 11 de abril, FJ 12 , y 133/2014, de 22 de julio , FJ 8). Doctrina que reiterada a propósito de la labor revisora de los tribunales de apelación penal [SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 4 , y 143/2005, de 6 de junio , FJ 5 b)].



La aplicación de esta doctrina no lleva al resultado buscado por el recurso. Las dos Sentencias impugnadas no niegan el derecho a que se valore prueba de descargo; **lo que de manera distinta sostienen es que la pericial propugnada no permite desvirtuar la prueba de cargo, dado el objeto de lo que se intenta probar con aquélla y la distinta naturaleza de los medios de prueba que fundan la condena.** A fin de no ser repetitivos, hemos de remitirnos a los razonamientos dados en el fundamento jurídico anterior de esta Sentencia sobre dicha falta de relevancia, lo que determina que no se haya hecho un uso selectivo del material probatorio en perjuicio del recurrente.

Y, por fin, rechaza la afectación del derecho el recurso :

"... debe rechazarse esta última queja, pues resulta evidente que nada ha impedido al recurrente articular su pretensión impugnatoria en apelación formalizando, entre otros, varios motivos relativos a la revisión del juicio probatorio que ha fundado la condena. Por lo que ni por vía de ley, ni de resolución judicial de primera o segunda instancia, se ha restringido el objeto cognitivo del recurso en su perjuicio".

QUINTO.- Alega el recurrente en un segundo motivo (art. 852 LECrim) que se le ha condenado por un delito del art. 183.1 CP cuando se le acusaba por un delito del art. 181,1º y 5º.

En efecto tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular encajaban los hechos en el delito de abusos sexuales del art. 181.1 y 5 en relación con el art. 180.1. 3º CP que lleva aparejada pena de prisión comprendida entre dos y tres años o multa entre veintiuno y veinticuatro meses.

Tal calificación no fue variada; ni siquiera tras advertir que el Juzgado de lo Penal rechazaba su competencia refiriéndose al art. 183 CP . La acusación particular, pese a incluir en su relato una felación, reconduce los hechos a idéntico tipo penal, quizás porque no ha sido pacífica la consideración penal de esa acción cuando no es el infractor quien accede .

La Audiencia constata que la tipificación adecuada a partir de la reforma de 2010, bajo cuya vigencia se desarrollaron los hechos, viene determinada por el art. 183.1 CP por virtud del principio de especialidad (art. 8.1 CP), que en este caso además viene específicamente proclamada en la ley (art. 181 CP).

El error en las acusaciones proviene seguramente de la inercia provocada por unos tipos penales sometidos a continuos y convulsos cambios y contruidos también sobre la menor edad, en elemento que se solapaba en unas y otras figuras y subtipos que, sin embargo, han sido desplazados en la reforma de 2010 mediante la creación de un específico capítulo dedicado a sancionar los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años (16 años a partir del día uno de julio).

Acierta en la tipicidad. Pero yerra la Sala al identificar la pena asignada al delito objeto de acusación: es prisión o multa (aunque en su mitad superior por virtud del juego agravatorio del art. 180.1.3 en relación con el art. 181.5). La Audiencia habla de una pena superior en su mínimo (dos años y seis meses) aunque no en su máximo. No se adivina qué ha podido originar esa confusión consistente en elevar de dos años a dos años y seis meses el mínimo.

Se condena, por el delito del art. 183 cuya penalidad es superior desde todo punto de vista: prisión comprendida entre dos y seis años (el suelo penológico es el mismo -no inferior- pero el máximo es muy superior. Se ha condenado por un delito más grave del que era objeto de acusación sin hacerse uso de la tesis acusatoria del art. 733 LECrim . No hay duda. Con ello enlaza este segundo motivo con el quinto amparado en el art. 851.4º LECrim : incongruencia *ultra petitum*.

Son dos perspectivas diferentes pero estrechamente conectadas. Desde el punto de vista constitucional es el derecho a ser informado de la acusación el que preside el análisis: nadie puede ser condenado por hechos diferentes a los que eran objeto de acusación. Eso significa tanto como no haberse podido defender de ellos.

En el art. 851.4 LECrim hay otra cuestión concernida: el alcance del principio acusatorio en una de sus vertientes específicas; que el tribunal no vaya más allá de la pretensión acusatoria (aunque también este aspecto presenta un componente constitucional vinculado a la imparcialidad judicial que impide al Tribunal asumir labores propias de las partes).

No se identifican una y otra óptica. Pueden existir supuestos en que ambas se superpongan. Pero hay casos en que respetándose el principio que originariamente alentaba el art. 851.4 (no condenar por un delito más grave), sin embargo no se respeta el derecho a ser informado de la acusación (se condena por un delito menos grave pero heterogéneo); y otros en que salvándose el derecho a ser informado de la acusación, se margina la prohibición de condenar por un delito más grave (existe identidad de hechos, pero la acusación erró esgrimiendo una subsunción jurídica más leve pero homogénea con la que se recoge en la sentencia que no incorpora dato novedoso alguno; y a partir de la reinterpretación en clave constitucional del art. 733 LECrim , otro supuesto de este grupo puede ser la aparición a través del art. 733 de ese se informa del delito más grave



por el que se condena a pesar de que ninguna acusación se adhirió a esa calificación). Nos enfrentamos al primero de los dos ejemplos que acaban de mencionarse.

SEXTO.- Principio acusatorio, imparcialidad judicial, principio de contradicción y derecho a ser informado de la acusación con proscripción de toda indefensión, flanquean esta problemática que ha sido resuelta por una jurisprudencia cuyos referentes legales son los arts. 733, 851.4º y 789 LECrim .

El principio acusatorio exige que el Tribunal al dictar sentencia no pueda ir más allá de lo solicitado por las acusaciones. Estrictamente interpretado, se traduce en la imposibilidad del Tribunal de introducir hechos no recogidos por las partes acusadoras y cuya consecuencia sea una agravación de la responsabilidad penal. En esa perspectiva tal principio está escrupulosamente respetado por la sentencia de instancia: no incluye dato fáctico alguno que no estuviese plasmado en las actas de acusación. Tampoco a ningún hecho para las acusaciones jurídicamente inane se le otorga una novedosa relevancia jurídica en la sentencia. Los hechos constitutivos de abuso sexual -tocamiento del órgano sexual- y la menor edad -cuatro años- eran elementos fácticos no solo recogidos en la pretensión acusatoria, sino además determinantes de la tipificación que proponía la acusación. Desde una concepción estricta del principio acusatorio nada hay objetable en la sentencia de instancia.

Sin embargo, la jurisprudencia, en concordancia con un amplio sector doctrinal lleva más lejos las imposiciones del principio acusatorio. Tampoco el Tribunal puede realizar en la sentencia una valoración jurídica más grave de los hechos que la alegada por las acusaciones sin lesionar tal principio. Esta, para algunos exagerada, derivación del principio acusatorio, introduce en él componentes emparentados con el principio dispositivo, propio del proceso civil. Lo que identifica a la pretensión penal es el hecho y no su valoración jurídica, según algunos tratadistas. El principio acusatorio solo exigiría no conocer sino del hecho de que se acusó. Dar más o menos de lo pedido carecería de relevancia si se da sobre el hecho que se acusó. No es esa la concepción imperante en nuestra jurisprudencia. El viejo aforismo *nemo iudex sine actore* no agota las exigencias del principio acusatorio. Ha de ir acompañado de la regla *ne eat iudex ultra petitum partium* .

La jurisprudencia de esta Sala se ha adscrito inequívocamente a esa concepción expansiva del principio acusatorio. En el ámbito del TC esa es también la noción dominante aunque espigando entre sus resoluciones pudiera encontrarse algún pronunciamiento menor que parece suscribir la concepción más estricta que habría podido tener lícita implementación en el juicio de faltas por su carácter más informal (providencia de 4 de abril de 1990; recurso de amparo 99/1990: «...*el principio acusatorio ha de entenderse respetado, al comprobar que los hechos objeto del fallo no difieren de los consignados en la denuncia inicial (atestado policial); y ello, con total independencia de que la calificación jurídica concreta del juzgador haya sido diferente a la sostenida por la defensa letrada de los denunciantes respecto de la cual no se encuentra vinculado aquél. El objeto del proceso -como ya se ha afirmado, asimismo, con anterioridad- no es un crimen sino un factum, y a esta última noción ha de atenderse, en el respeto al principio de acusación invocado*»).

La STC 133/2014 , resume su doctrina sobre el principio acusatorio, también en esa dimensión. Está implícito tal principio entre las garantías constitucionales que han de informar el procedimiento penal. El objeto procesal debe ser resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial diferente del que ejerce la acusación. El derecho a un proceso con todas las garantías impone un sistema penal acusatorio en el que el enjuiciamiento se desarrolle dialécticamente entre dos partes contrapuestas. Ha de resolver un órgano diferente, lo que exige una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador; y la decisión, que corresponde a un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio.

Una de las manifestaciones del principio acusatorio -se explica- es el deber de congruencia entre la acusación y el fallo: nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado, entendiendo por "cosa", en este contexto, no únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum* , sino **también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no solo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica.** (SSTC 12/1981, de 10 de abril , 95/1995, de 19 de junio , 225/1997, de 15 de diciembre , 4/2002, de 14 de enero, F. 3 ; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5 ; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2 ; y 120/2005, de 10 de mayo , F. 5).

Ese deber de congruencia, sin embargo, no implica un deber incondicionado para el órgano judicial de estricta vinculación a las pretensiones de la acusación. Lo decisivo a efectos de la lesión del art. 24.2 CE es la efectiva **constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos, pues lo determinante es verificar que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo.**



En la sentencia no puedan introducirse sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas que, por tal motivo, la defensa no haya tenido ocasión de rebatir. Juega ese derecho absolutamente, también pese a que no haya datos novedosos, cuando se trata de valoraciones jurídicas agravatorias en la medida en que desbordan los límites de la acusación frente a la que se articuló la defensa.

La jurisprudencia ofrece ejemplos en los que pese al ajuste mimético a los hechos objeto de acusación, se niega capacidad para alterar la valoración jurídica, sin previo planteamiento de la tesis del art. 733, so pena de vulnerar el principio acusatorio. La STS 1913/2005, de 12 de mayo es una muestra. Del relato de hechos se derivaba la existencia de dos hechos de agresión sexual, por los que el Fiscal acusaba en relación de continuidad delictiva. Se condenó por dos delitos independientes. Esta Sala entendió vulnerado el principio acusatorio: " *el Tribunal sentenciador ni siquiera hizo uso del art. 733 LECri, que le permite plantear la tesis y es en la sentencia donde se rechaza la calificación jurídica definitivamente efectuada (en lo que aquí interesa) por el Fiscal con la consiguiente e inevitable repercusión penológica que tal decisión implica, privando de esta manera al acusado de la posibilidad de alegar en contra de la construcción jurídica introducida por el Tribunal y de defenderse de la misma, que se plantea en términos decisorios de una manera novedosa, sorpresiva y con inequívoca y perjudicial relevancia en la sanción que finalmente se establece por el juzgador. De suerte que no parece dudoso que con este proceder, el Tribunal de instancia ha vulnerado la piedra angular sobre la que descansa todo el edificio del principio acusatorio que no es otra que la proscripción de la indefensión que se proclama en el art. 24 C.E*".

Otro precedente en esa dirección viene constituido por la STS 1203/2006, de 11 de diciembre. La acusación versaba sobre un delito de lesiones. Se condenó por delito de maltrato familiar del 153, con pleno respeto de los hechos objeto de la acusación. El Fiscal recogía la relación de convivencia entre la víctima y el acusado. No obstante no le asignaba relevancia jurídica. Eso determinó la casación de la sentencia.

Cuando la sentencia introduce una nueva valoración jurídica apartándose de los criterios expuestos -si es agravatoria, cuando la tesis no ha sido asumida por la acusación; o si es atenuatoria, cuando introduzca un título de imputación no homogéneo sin haberse planteado la tesis previamente-, ha de ser corregida.

SÉPTIMO.- En casación -sin perjuicio de una eventual perspectiva constitucional- el supuesto que analizamos encaja específicamente en el art. 851.4 LECrim.

Es ese el medio procesal que el impugnante utiliza en su motivo quinto al que hay que dar acogida.

Se ha castigado por delito más grave del que fue objeto de acusación pese a que con el Fiscal podamos considerar más que discutible la afectación del derecho a ser informado de la acusación.

¿Cual ha de ser la consecuencia de la estimación de ese motivo?

Estamos en principio ante un motivo por quebrantamiento de forma. La decisión habría de ser la de casar la sentencia de instancia y ordenar *«la devolución de la causa al Tribunal de que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho»*.

El art. 851.4º LECrim permite una doble vía interpretativa en cuanto a la fijación del momento en que se ha producido la falta. De un lado puede entenderse que la falta está precisamente en la sentencia, en la medida en que vulnera el principio acusatorio, por lo que la devolución de la causa lo sería a los efectos de que el Tribunal de Instancia dicte nueva sentencia ajustándose a los términos en que se planteó la acusación. Pero también cabe sostener que la falta consiste en la omisión del planteamiento de la tesis lo que permitiría ordenar la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la calificación definitiva para que se suscite, en su caso, la tesis del art. 733 LECrim. Aunque algunos precedentes se han adherido a esta segunda interpretación, predomina de forma aplastante la visión contraria que conduce a ordenar sencillamente dictar nueva sentencia.

Es más, en los últimos años se ha enseñoreado una lógica proclividad a soslayar el reenvío de las actuaciones para dictar nueva sentencia sobre el fondo directamente por la Sala 2ª, sobre todo en los casos en que el motivo se ha reconducido por la vía casacional abierta en el art. 852 de la Ley Procesal Penal.

El Pleno no Jurisdiccional de Sala de 9 de abril de 1999, abordando esta cuestión, y dando refrendo a esa praxis adoptó el siguiente acuerdo: *"Si en una sentencia se incorporan hechos nuevos o se aplican unos tipos heterogéneos, que no han sido objeto de acusación, se ha producido una indefensión cuyo remedio será la absolución o una segunda sentencia absolviendo del exceso. Por el contrario, cuando no se hayan introducido por el juzgador hechos nuevos y se condena por un delito más grave o por delito distinto, la solución será la devolución al Tribunal de instancia o dictar nueva sentencia según proceda en cada caso concreto"*.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas invita a acoger la solución procesal que conduce a una nueva sentencia en esta sede y soslayar el reenvío al Tribunal de instancia con los consiguientes efectos



retardatorios siempre perniciosos. Si se presenta como innecesario el reenvío, eso significa que la "dilación", el retraso provocado sería *indebido* en el sentido del art. 24 CE . Se hace necesario reinterpretar desde esa perspectiva constitucional las normas procesales de la casación (vid STS 48/2014, de 27 de enero). Por otro lado la parte no solicitaba en su recurso esa nulidad como consecuencia de la estimación de este motivo, sino una segunda sentencia (art. 240.2º LOPJ). Bien es cierto que este argumento no es definitivo: tanto porque la mera invocación del art. 851 comporta una petición, aunque sea implícita, de nulidad, como porque en el escrito de contestación a la impugnación del Fiscal la reclama de forma explícita ante la observación formulada por aquél.

Aquí todo conduce a asumir como más ajustada a este caso esa segunda posibilidad admitida por la doctrina de esta Sala: recuperar la instancia y dictar sentencia. No hay aspectos ni fácticos ni jurídicos del tipo penal menos grave que hayan quedado sin debatir o sin dilucidar en la sentencia. No solo daremos así una respuesta más ágil sino que además se ahuyentará el sibilino temor que también insinúa el recurso a una subliminal tendencia de quien ya ha decidido en un sentido a ratificar su criterio, lo que podría sutilmente empujar a individualizar en la misma duración fijada ya que sin duda alguna es perfectamente conforme con la legalidad.

Esto nos lleva de la mano a una cuestión concomitante que viene a inspirar en alguna medida la bien fundada oposición del Fiscal a estos motivos del recurso. La pena impuesta (2 años y 3 meses) es imponible también conforme al art. 181.1 CP .

OCTAVO.- La doctrina de la pena justificada permite concluir la falta de practicidad de un recurso cuando se llega a la conclusión de que también contando con una subsunción jurídica más beneficiosa, el ejercicio del arbitrio judicial llevaba o "podía llevar" a idéntico resultado. Eso es asumible singularmente cuando la pena resultante sea la mínima posible con arreglo tanto a la sentencia impugnada como a la que hubiese sido procedente. En los demás casos rechazar el recurso con el argumento de que el Tribunal podría haber impuesto la pena fijada supone arrebatarse al justiciable las facultades de ponderación e individualización conforme a criterios de proporcionalidad y racionalidad.

Esta Sala se ha referido en muchas ocasiones a esa doctrina de la pena justificada (STS 376/2012, de 17 de mayo entre muchas). Esa tradicional doctrina ha sido objeto de modulaciones. En una primera aproximación podría alentar a rechazar estos dos motivos por falta de trascendencia práctica.

En sus principios parece ampararse el Fiscal en su bien razonado dictamen, aún sin citarla, para rechazar estos dos motivos por falta de trascendencia práctica.

La STC 12/1981 de 10 de abril recalca que la doctrina de la pena justificada no podía afectar al derecho de defensa. Cuando la rectificación sustantiva (en este caso es rectificación procesal con repercusiones sustantivas) introduce un delito heterogéneo, la doctrina de la pena justificada no puede convalidarse la condena errónea por implicar una merma del derecho a ser informado de la acusación. No es este el supuesto.

La STC 205/1989, de 11 de diciembre invita a desterrar especulaciones en la forma de razonar por las que puede transitar en algunos supuestos la doctrina de la pena justificada. Es aventurado pronosticar qué hubiese hecho el Tribunal de instancia de haber partido de la calificación correcta de los hechos. *"No puede, por tanto, - explica la sentencia- justificarse la vulneración constitucional en que incurrió el Tribunal de instancia con el argumento de que la pena señalada al demandante podía haber sido impuesta, aunque no se hubiera apreciado la agravante, puesto que dicha pena excede de los límites de la facultad de graduación de la pena, que corresponde al Tribunal sentenciador y no es de aceptar tal argumento, porque no existe dato alguno que permita sostener que la agravación de la pena viniera motivada en circunstancia distinta a la de la reincidencia y, por tanto, es de suponer que, de no apreciarse esta agravante, el Tribunal hubiera dado al demandante el mismo trato punitivo que a los otros coprocesados, cuya acusación se formuló en idénticos términos que la dirigida contra él, y, además, la graduación de la pena corresponde al Tribunal de instancia y, por tanto, debe ser este Tribunal el que, eliminada la posibilidad de que pueda apreciar la reincidencia, proceda a señalar la que corresponde al demandante, que podría ser distinta de la de los otros acusados en el supuesto de que la Audiencia Provincial, en uso conforme a la Ley de su potestad jurisdiccional, aprecie la concurrencia de otras circunstancias que, dentro de los límites de la acusación, le autorice razonablemente a graduar la pena de manera diferente a como lo hizo con los otros dos acusados"*.

La más próxima STC 21/2008, de 31 de enero incide también en esta materia aunque de forma transversal. Si se atiende a su contenido se extrae una clara conclusión: la doctrina de la pena justificada no puede convertirse en un expediente para soslayar la necesaria motivación en la fijación de una concreta pena. Si la motivación en la instancia se realizó sobre unas bases erróneas; y en vía de recurso se concluye que la pena era imponible pese a ser legalmente factible una atenuación, se habrá privado al recurrente no formalmente, pero sí materialmente de una motivación correcta que arranque de presupuestos correctos. La inicial motivación individualizadora se derrumba si hemos quitado uno de sus pilares o hemos modificado sus presupuestos.



El ATC 22/2007, de 29 de enero sugiere que al efectuarse una nueva individualización desde la nueva perspectiva jurídica correcta que sustituye a la inicial, es posible llegar a igual penalidad. Incluso se admite una motivación implícita o deducible del contexto. Pero no es dable hurtar al justiciable a través de una cómoda interpretación de la doctrina de la pena justificada (que estuvo presente en la jurisprudencia de esta Sala en ocasiones) una decisión individualizadora de la pena realizada motivadamente y sobre bases correctas y no erróneas, solo "formalmente" corregidas.

No puede anticiparse o presumirse que carece de repercusiones prácticas la subsunción en un tipo penal más grave improcedente por razones procesales sin antes detenerse a reexaminar las operaciones individualizadoras con ese nuevo dato, nada intrascendente.

NOVENO .- Desde estos parámetros interpretativos tenemos:

a) El derecho a ser informado de la acusación ha sido esencialmente respetado. El Tribunal no ha introducido ningún hecho o dato fáctico que no fuese alegado por las acusaciones.

b) Tampoco ha otorgado relieve jurídico a ningún elemento factual que en la acusación se presentase de forma aséptica o carente de trascendencia penal.

c) Desde la perspectiva de la imposibilidad de condenar a mayor pena de la solicitada por las acusaciones (concepción expansionista del principio acusatorio) tampoco se aprecia disfunción alguna: ha impuesto exactamente la pena que solicitó el Ministerio Fiscal, inferior a la reclamada por la Acusación particular.

d) Sin embargo también en esa faceta de la concepción amplia del principio acusatorio se detecta un desajuste: el delito objeto de condena (art. 183 CP) es de mayor gravedad que el que fue objeto de acusación (art. 181). Hay homogeneidad (no padece el derecho a ser informado de la acusación); pero en la valoración jurídica se ha sobrepasado el techo que marco la acusación: no el techo penológico, pero sí el de la pretensión punitiva conformada no solo por el hecho objeto de acusación y la pena solicitada, sino también por su valoración jurídico penal. Al igual que un Tribunal, en principio, no puede convertir la acusación por lesiones consumadas en un delito de tentativa de homicidio, por más que la pena impuesta sea en concreto igual o incluso inferior (no es tan difícil imaginar supuestos: lesiones del art. 148, convertidas en un homicidio intentado en el que el Tribunal opta por una doble degradación de la pena : art. 62 CP), en este caso la Audiencia no podía condenar por un delito indudablemente más grave, aunque la pena elegida no rebase la reclamada en concreto por las acusaciones con el soporte de una diferente y más leve tipificación penal.

Sin duda la trascendencia práctica en este caso de la cuestión podría ser nula o casi nula. Ni siquiera de futuro a efectos de reincidencia, dada la idéntica naturaleza de los delitos, tendría relieve. Pero hay que dar la razón al recurrente: al no haberse sugerido la tesis acusatoria del art. 733 LECrim (en relación con el art. 788.3 en el procedimiento abreviado) -que además exigiría la asunción de ella por alguna acusación- la Audiencia no debió plantearse la aplicabilidad de ese tipo dado su mayor rango punitivo. No podía escapar de los términos acotados por la acusación: los hechos encajan ciertamente en ambos tipos. El art. 8 CP obliga a optar por el art. 183 CP . Pero no habiendo sido exteriorizada esa subsunción por la acusación, el Tribunal queda constreñido a comprobar la concurrencia de todos los elementos requeridos por el invocado art. 181 CP , sin poder plantearse tipificaciones más graves, ni condenar en su caso por tal delito manejando las penas superiores en abstracto fijadas para él.

Y en este punto sí surge una cierta relevancia práctica de la cuestión a la que se aludió en el excurso vertido sobre la doctrina de la pena justificada. El Tribunal al individualizar la pena lo hace con una referencia que no debía tomar en consideración: el arco penológico del art. 183 comprendido entre dos y seis años. Y además sigue un camino equivocado en su argumentación al pensar que el delito por el que acusaban Fiscal y perjudicado tenía asignada una pena superior a la real. Las operaciones individualizadoras arrancan de un punto de partida procesalmente incorrecto (art. 183) y además recorren un itinerario discursivo erróneo (equivocada referencia penológica al art. 181, sin tomar en consideración las penas reales -prisión de uno a tres años o multa-, sino otras superiores). Esto conduce a la necesidad de **estimar el motivo y casar la sentencia** para rehacer esas tareas individualizadoras en los términos que plasmarán en la segunda sentencia.

DÉCIMO.- El tercer motivo entiende vulnerada la presunción de inocencia (art. 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE).

Enseña la muy reciente STC 33/2015, de 2 de marzo , en continuidad con cientos de precedentes, que la presunción de inocencia, además de ser criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de un delito no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria que solo procederá cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los



Tribunales penales, pueda entenderse de cargo. Se reitera de forma abreviada una doctrina tan añeja como consolidada.

El fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia detalla y glosa con las oportunas valoraciones la actividad probatoria que ha fundado el pronunciamiento condenatorio. Las manifestaciones del menor víctima constituyen el elemento esencial: fueron oídas directamente por el Tribunal. Se ven corroboradas por datos varios que llevan a la Audiencia con toda lógica a otorgarles crédito: testimonios de referencia de madre y hermana, así como la aceptación en lo esencial de los hechos externos por el acusado en su declaración sumarial, aunque luego fuese retractada en el acto del juicio oral. La Sala además se entretiene en examinar las contradicciones o variaciones que podrían menguar la credibilidad del relato del menor y descarta que afecten a su fiabilidad en lo esencial. No es la casación marco propicio para una revaloración de esas declaraciones personales para la que además es herramienta inhábil la presunción de inocencia (vid. STC 133/2014 : la revisión de la credibilidad de los testimonios presentados en el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia).

No hay indicio alguno que permita encontrar en las manifestaciones del menor motivaciones diferentes a la propia realidad de los hechos. No hay razones para una imputación falsa, ni atisbo de una eventual sugestionabilidad por parte de quienes sí pudieran albergar esos espurios móviles. La versión se ve reforzada por las manifestaciones de la hermana que acude tras los hechos. Las declaraciones de la madre -testigo de referencia- apuntalan la veracidad del relato del menor avalado además por el propio reconocimiento del acusado en sus iniciales declaraciones, aunque tratando infructuosamente de despojar a la acción de significado sexual.

El motivo decae.

UNDÉCIMO.- Denuncia el recurrente (art. 850.1 LECrim) el carácter predeterminante de determinadas expresiones de los hechos probados:

En concreto la locución que funda su queja es la siguiente: << el acusado le abordó diciéndole "que pichita tienes" y, bajándole sus ropas, dejó al aire su pene que con ánimo lúbrico manipuló llegando a chuparlo>>.

En la argumentación parece quejarse también de que alguna de esas expresiones carece de fundamento probatorio: pero eso es un problema de presunción de inocencia. Y lo que es evidente es que al redactar la sentencia el ponente no queda atado por las expresiones concretas usadas por testigos o acusado: puede utilizar otra forma de decir como es el verbo *manipular*.

Es muy infrecuente encontrar en los repertorios de jurisprudencia de los últimos años supuestos en que haya prosperado un motivo por "predeterminación del fallo". La explicación -como decía la STS 277/2015, de 3 de junio -, no hay que buscarla en reticencias de esta Sala, sino en lo insólito que resulta hoy una sentencia que incurra en ese vicio que en etapas pretéritas pudo ser más habitual. Tampoco hay que desdeñar las influencias que tiene el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que obliga a relegar las soluciones de nulidad -que siempre comportan retrasos- a los casos indispensables.

Para que concurra ese defecto de *predeterminación*, que arrastraría el reenvío de la causa al Tribunal para subsanar la deficiencia, es necesario que se haya eludido una narración de hechos despojada de valoraciones o "sobrentendidos" jurídicos, lo que no significa que los hechos relatados hayan de ser penalmente "neutros". Eso no sería compatible con lo que se pide al Tribunal: un enjuiciamiento *penal*. No debe anticiparse en los hechos probados la subsunción jurídico- penal con el *nomen iuris* de la infracción o con otros conceptos técnicos cuya concurrencia ha de analizarse en el plano de la argumentación penal -contrastando la categoría jurídica con el hecho probado (juicio jurídico)-, y no en el nivel previo de la valoración probatoria (juicio histórico). Pero el relato necesariamente se elabora con el claro objetivo de valorar penalmente la acción: en ese sentido lo que dicen los hechos probados ha de condicionar fatalmente el fallo. No puede ser de otra forma. Lo que se prohíbe es el uso de conceptos estrictamente jurídicos, con un significado técnico no homologable al vulgar, que permitirían soslayar la argumentación jurídica sostén de la subsunción penal y, al mismo tiempo, burlaría las posibilidades de control casacional. Si en los hechos probados se proclama que "*se produjo un apoderamiento con fuerza en las cosas*", y la Sala de casación ha de respetar el *factum*, devendría imposible testar la corrección jurídica de esa *calificación penal* que no *hecho*. En los hechos probados han de recogerse sucesos, acciones, y no conceptos penales. Si por conveniencia literaria o narrativa se consignan nociones penales técnicas, el defecto no será tal si en el contexto o en otros apartados del "*factum*" se aclara a qué acción ya descrita se está refiriendo concretamente el Tribunal con esa expresión.

No es predeterminación del fallo hablar de "actos contra la propiedad" en la medida en que cualquiera -sea un experto jurista o carezca del más elemental conocimiento jurídico- sabe interpretar tal locución. Como tampoco lo es consignar la intención de *obtener un beneficio económico*, v.gr. Ni expresar que hubo *tocamientos*



en los órganos sexuales . Interpretar de otra forma este vicio casacional supondría secuestrar el lenguaje e imposibilitar una redacción factual que por definición nunca puede ser aséptica. El sentido vulgar de esas expresiones coincide con el que se les confiere en un texto jurídico.

El defecto de predeterminación del fallo tiene un significado instrumental y ha de ser valorado en su funcionalidad. No puede llevar a encorsetar la redacción en la falsa idea de que cualquier palabra utilizada por el Código Penal ha quedado confiscada y no puede aparecer en unos hechos probados (STS 464/2012, de 4 de junio).

Aquí la queja por predeterminación del fallo se basa en una locución cuya inteligencia está al alcance tanto del jurista como del no jurista. No hay ningún vocablo que encierre un significado jurídico distinto del vulgar.

Lógicamente todo lo que se contiene en los hechos probados -si están bien redactado- ha de condicionar el fallo. Pero no es eso lo que prohíbe el art. 851.1. Si fuese de otra forma devendría imposible una redacción de hechos probados. El uso de esa expresión no menoscaba la posibilidad de revisar la valoración jurídica; ni sustrae cuestión alguna al debate conceptual jurídico.

El motivo fenece.

DUODÉCIMO.- Habiéndose estimado parcialmente el recurso han de declararse de oficio las costas procesales causadas (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Donato** , contra Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de abuso sexual, **por estimación del motivo quinto de su recurso y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla** con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil quince.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº Dos de Écija (Sevilla) fallada posteriormente por la **Sala de lo Penal** de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Séptima), y que fue seguida por un delito de abuso sexual contra Donato , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud de las razones expuestas en la sentencia anterior y a la vista de la acusación formulada por el Ministerio Público y la Acusación particular la condena ha de concretarse en el delito de abusos sexuales previsto en los arts. 181, 1 y 5 y 180.3 CP .

SEGUNDO .- La pena ha de fijarse partiendo de la penalidad asignada a ese tipo penal: prisión comprendida entre dos y tres años o multa impuesta también en su mitad superior. La corta edad del menor, el aprovechamiento de una situación de confianza, la realización en la propia casa de la víctima son circunstancias que incrementan la gravedad del hecho e invitan a optar por la pena privativa de libertad. Una simple pena pecuniaria no parece acompañada con esas circunstancias. La duración de la pena se fija en dos



años que es su suelo, por lo que devienen innecesarias nuevas explicaciones. La elección de la más gravosa de la penalidad alternativa se presenta como suficiente consecuencia de esas circunstancias mencionadas.

III. FALLO

Que debemos condenar y Condenamos a D. Donato como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se ratifican en lo demás los pronunciamientos de la sentencia de instancia y en particular lo referido a las costas, a la prohibición de aproximación, comunicación así como las indemnizaciones fijadas como responsabilidad civil.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.