

Roj: **STS 823/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:823**Id Cendoj: **28079120012016100168**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/03/2016**Nº de Recurso: **1447/2015**Nº de Resolución: **179/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación número 1447/2015 interpuesto por D^a Carmela en representación legal de la menor D^a Graciela representado por la procuradora D.^a Patricia Ayneto Vidal, bajo la dirección letrada de D. Josep María Peiró i Ribes contra sentencia número 28/15 de fecha veintiocho de enero de 2015 dictada por la Audiencia Provincial de Lérida y recaído en la causa Sumario número 1/2013 procedente del Juzgado de Instrucción número Tres de Balaguer que condenaba a D. Felicísimo como autor responsable de un delito de abuso sexual. Ha sido parte recurrida D. Felicísimo representado por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección letrada de D. Antoni Andreu Farrás. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Es ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Tres de Balaguer instruyó Sumario con el nº 1/2013, contra Felicísimo . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Lérida (Sección Primera) que con fecha veintiocho de enero de dos mil quince dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<< **PRIMERO y ÚNICO** . - *Resulta probado y así se declara que en el mes de agosto del año 2012 el acusado, Felicísimo , sin antecedentes penales y que por aquel entonces tenía veinte años de edad, inició una relación con Graciela , nacida el NUM000 del año 2000 y que por tanto, en aquella época, contaba con doce años de edad, quien consideró que había iniciado una relación de noviazgo con Felicísimo , como así llamaba al acusado.*

Un día de la segunda quincena del mes de agosto, la madre de Graciela , Carmela , salió a buscarla ya que la niña no estaba en casa cuando llegaron sobre 23'30 horas, encontrándola poco después en una plaza existente en las inmediaciones del domicilio del acusado, sentada con él y en actitud cariñosa, y en compañía de otra pareja de jóvenes. La Sra. Carmela , tras regañar a su hija, le recriminó al acusado que estuviera con ella y, como lo vio mayor, le preguntó por su edad, a lo que Felicísimo respondió que tenía diecisiete años, a lo que ella contestó que su hija tan solo tenía doce y que no quería que la volviese a ver ya que no quería que saliera con chicos mayores que ella, marchando seguidamente hacía su casa. Por este hecho la madre de Graciela la castigó sin salir de casa sola.

A pesar de aquel castigo, el día 21 de agosto de 2012 Graciela se encontró con Felicísimo en un piso sito en la C/ DIRECCION000 n° NUM001 , NUM002 de Balaguer, donde mantuvieron relaciones sexuales completas con penetración vaginal>>.

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

<< **FALLO.-CONDENAMOS a Felicísimo** como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual, anteriormente definido, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de **DOS AÑOS de PRISIÓN**, inhabilitación especial durante el tiempo de condena y al pago de las costas procesales.



Notifíquese a las partes la presente resolución haciéndoles saber que la misma no es firme sino que cabe contra ella recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a preparar ante esta Audiencia dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la sentencia mediante escrito suscrito por abogado y procurador>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por 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 Felicísimo .

Motivo único. - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de los arts. 183.1 y 3 CP (redacción LO 5/2010, de 22 de junio) y aplicación indebida del art. 14.3 CP .

4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente **adhiriéndose al único motivo del recurso formulado por la representación de la menor** ; la **representación legal** de la parte recurrida impugnó el motivo formulado por la parte recurrente y se opuso igualmente a fla pretensión del Fiscal; 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 veintitrés de febrero de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El único motivo del recurso principal promovido por la acusación particular denuncia **falta de motivación de la pena** concretamente impuesta. La Sala ha optado por el mínimo legal: dos años de prisión. Sobre la pena establecida en abstracto para el delito, que oscila entre ocho y doce años de prisión, ha efectuado una doble degradación como autoriza el aplicado art. 14.3 CP . Llega así a un marco penológico comprendido entre dos años y cuatro años menos un día. Dentro de esa horquilla ha elegido una duración de dos años.

El recurso de manera genérica protesta por la falta de justificación de esa muy sustancial rebaja. Aduce que los hechos son muy graves como evidencia la pena que en abstracto les asigna el legislador.

Ante esta queja solo podemos verificar si en efecto existe un déficit de motivación en la individualización penológica. Legalmente es obligada la rebaja en, al menos, un grado, (art. 14.3 cuya aplicabilidad no es cuestionada por el recurso).

La orfandad argumentativa en materia de penalidad conculca no solo el art. 72 CP , sino también preceptos constitucionales. El deber de motivación de la individualización penológica dimana directamente del art. 72 CP e indirectamente de los arts. 120.3 y 24.1 CE .

Ese deber adquiere toda su intensidad ante incrementos punitivos por encima del suelo legal. Para imponer el mínimo previsto, sin embargo, una muy poderosa razón es carecer de motivos para su elevación. No encontrar -ni exponer, en consecuencia-, razones para otra opción más grave, implícitamente supone un argumento de enorme potencial jurídico: el *favor libertatis*.

Esto no significa que desde posiciones acusadoras sea inimpugnable la concreta individualización por deficiencias en su justificación; pero sí que será más difícil que ese tipo de razonamiento se abra paso en casación. Además, la respuesta final ha de ser muy probablemente diferente a la que se puede adoptar en los casos de recursos interpuestos desde la óptica de la defensa.

Hay que unir a ésta otra idea general para completar el telón de fondo que ha de presidir el discurso: la individualización penológica comporta un ámbito de discrecionalidad que el legislador ha depositado en principio en manos del Tribunal de instancia y que en su más nuclear reducto no es fiscalizable en casación. Se pueden revisar las decisiones arbitrarias o las inmotivadas; pero no las decisiones razonadas y razonables, aunque puedan existir muchas otras igualmente razonables y legales. En el terreno de la concreción última del *quantum* penológico no es exigible una expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud matemática la extensión elegida (vid. STC 28/2007, de 12 de febrero y STS 578/2012, de 26 de junio).

Sentada su trascendencia casacional, el defecto de falta de motivación puede desembocar en tres veredas diferentes. Todas han tenido algún reflejo en la jurisprudencia de esta Sala.



- a) En rigor la solución más acorde con la naturaleza de la infracción, predominantemente procesal aún con relieve constitucional, sería la anulación en ese particular con devolución al Tribunal *a quo* para subsanación del defecto. Esta será la única salida posible cuando la queja, siendo atendible, proviene de una acusación.
- b) En ocasiones esta Sala se ha inclinado por casar la sentencia e imponer el mínimo legal, si el recurso proviene de la defensa. Esta fórmula evita retrasos pero no es extrapolable a la falta de motivación de una rebaja penológica. Es absurdo e inasumible que cuando es la acusación quien protesta por esa deficiencia la solución sea anudar a la anorexia motivadora la eficacia de una "agravante" (!!).
- c) Otra tercera vía consiste en anular en ese particular la sentencia aunque con los efectos propios de un recurso por infracción de ley: recuperar la instancia para dictar segunda sentencia en casación asumiendo la tarea de una renovada individualización motivada. Eso podrá conducir bien a justificar la pena elegida cuando de la propia sentencia se desprendan elementos suficientes; bien a reindividualizar cuando se entienda que los factores que pueden manejarse aconsejan una atemperación. Pero otra vez lo que es admisible desde el prisma de la defensa, se hace inaceptable desde la otra perspectiva. Supone no solo usurpar esa atribución a la Sala de instancia, sino también privar a la defensa de la posibilidad de recurrir.

Adelantemos ya en este momento que esta consideración última aboca no solo a desestimar este motivo, sino también a rechazar la petición que realiza el Fiscal subsidiariamente en su escrito de adhesión al recurso: reindividualizar la pena por considerar que no se ajusta a la gravedad de los hechos. No es factible ese tipo de operación en casación pues nos entrometeríamos en facultades discrecionales de la Audiencia Provincial. Solo podemos verificar si la opción penológica está motivada racionalmente.

Y no solo es legal (art. 14.3 CP) sino que está razonada de manera sucinta pero expresiva y suficiente en el fundamento de derecho cuarto: la Sala considera que la previsión legal penológica es exagerada. En lugar de hacer uso del art. 4.3 CP , explora las posibilidades que le brinda la dosimetría penal y busca el mínimo, pensando probablemente también en los arts. 80 y ss CP . Es una opción racional que podrá criticarse o compartirse más o menos, pero que no puede tacharse de arbitraria o ilógica o caprichosa. Es verdad que decir que "se estima adecuada y proporcional" no es motivación. Son afirmaciones apodícticas tras las que puede aparecer cualquier duración. Pero las razones que llevan a la Sala a pensar eso asoman en ese fundamento: reputa extremadamente grave la respuesta penal. Tratándose de justificar la imposición del mínimo legal es suficiente esa mención. Como decíamos antes, no contar con ningún motivo para superar el mínimo legal no deja de ser una muy buena razón para quedarse ahí.

El motivo ha e desestimarse.

SEGUNDO.- El Fiscal apoya el único motivo del recurso de la acusación, invocando el mecanismo que se conoce como doctrina de la *voluntad impugnativa* En realidad está entablando un genuino **recurso adhesivo** por razones diferentes aunque haya coincidencia en el puerto de destino: un incremento de la pena. Utilizando como palanca el art. 849.1º LECrim postula la casación de la sentencia por aplicación indebida del art. **14 CP** con un discurso sólido y bien articulado pero que, como se verá, sería más propio de la instancia. No tiene fácil cabida en casación. Y desde luego va mucho más lejos que la acusación particular que no cuestiona el error de prohibición vencible apreciado.

En primer lugar hay que plantearse si está correctamente introducido ese debate en casación. La defensa lo discute, negando al Fiscal capacidad para plantear un recurso propio y distinto del principal por el cauce de una adhesión que presenta como apoyo lo que es una impugnación autónoma.

El tema se ha discutido. Como es sabido la posición más tradicional de esta Sala Segunda rechazaba las adhesiones a un recurso que no consistiesen estrictamente en la asunción total o parcial de alguna de las pretensiones del recurrente principal. Esa rígida visión ha variado sustancialmente en los últimos años como consecuencia tanto de nuevas tendencias jurisprudenciales (auspiciadas en algún caso por la jurisprudencia constitucional) como de reformas legales, que han llevado a reinterpretar los escasos preceptos no alterados que disciplinan la adhesión en casación (art. 861 *in fine* LECrim). La ley no limita expresamente los motivos que pueden utilizarse a través de una adhesión. La interpretación más restrictiva se basa en el término "adhesión"-utilizado.

La reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, ha admitido en el procedimiento abreviado el recurso adhesivo supeditado previamente implantado en la apelación del procedimiento ante el Tribunal del jurado. El reformado art. 790.1 LECrim permite a *"la parte que no hubiera apelado en el plazo señalado ... adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan. En todo caso este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo "*.



La pretensión adhesiva pueden ser convergente o divergente; o incluso contrapuesta a los intereses del recurrente principal. Puede ir más lejos de la impugnación inicial como sucede aquí: el Fiscal lleva la pretensión más allá que la acusación particular. Esta solo se quejaba por la penalidad. El Fiscal introduce un motivo por infracción de ley que quiere borrar el error de prohibición vencible apreciado.

En teoría nada debiera modular la institución de la adhesión el hecho de que juegue contra el reo o en favor suyo. Algunos, no obstante, entienden que cuando se vuelve contra la defensa se impone mayor rigor.

Algunas adhesiones suponen un solapamiento con el recurso principal (apoyos); otras, representan un auténtico *contrarrecurso* (pretensiones nuevas que perjudican al recurrente principal); finalmente podríamos calificar como *ultrarrecurso* el formato de adhesión que tenemos aquí: se va más lejos que el recurrente principal aunque secundando sus intereses. Son posibles también -no es este el caso- adhesiones preventivas, es decir aquéllas que se realizan pensando en una eventual estimación del recurso principal (supuesto contemplado en la STC 50/2002 de 25 de febrero, inspiradora del Acuerdo del Pleno de esta Sala de 2 de abril de 2005 que acordó admitir la adhesión en casación en los términos previstos en la Ley del Jurado: STS 577/2005, de 4 de mayo)

En todo caso es imprescindible salvar el principio de contradicción.

La STC 43/2007, dispone al respecto:

"Es reiterada doctrina constitucional que lo relativo al alcance y contenido de la adhesión a la apelación constituye una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria, cuya apreciación es competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales ex art. 117.3 CE, en la que este Tribunal no debe intervenir salvo que de ella se derive lesión de derechos fundamentales (SSTC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 8 ; 41/2003, de 27 de febrero, FJ 2 ; 46/2005, de 28 de febrero, FJ 2 ; 234/2006, de 17 de julio, FJ 3, por todas). En el contexto de tal doctrina, este Tribunal no ha rechazado en ningún momento la posibilidad de caracterizar a la apelación adhesiva como un verdadero medio impugnatorio a través del cual puedan deducirse pretensiones autónomas, incrementando con ello el alcance devolutivo del recurso de apelación principal, si bien nos hemos preocupado especialmente por salvaguardar las garantías procesales de la otra parte, de tal suerte que en los casos en los que hemos admitido que, con motivo de la adhesión a la apelación, el órgano judicial puede ampliar su cognición a extremos no contenidos en la apelación principal, hemos supeditado la regularidad de tal situación procesal, desde la perspectiva constitucional, a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas contenidas en la impugnación adhesiva, a fin de garantizar las posibilidades de defensa. Incluso para ello hemos dicho que no es óbice que la Ley de enjuiciamiento criminal no previera el traslado del escrito de adhesión, pues la necesidad de tal trámite deviene de la obligación de preservar el principio de defensa de conformidad con lo dispuesto en el art. 24.1 CE (por todas, SSTC 158/2006, de 22 de mayo, FJ 4 ; 234/2006, de 17 de julio, FJ 3).

No es pacífica la aceptación de toda esa variada tipología de recursos adhesivos en casación. Cuando la adhesión opera en contra del reo y puede empeorar su situación algunos mantienen reticencias o escrúpulos especialmente si es el recurrente principal. Se arguye que de admitir recursos de casación completamente desvinculados del recurso principal, y que podrían haber sido interpuestos dentro del plazo legal, se desnaturalizaría la esencia del recurso de casación. El recurso supeditado sólo se debiera admitir en casación, según estas posturas, cuando la adhesión sea una consecuencia necesaria del recurso inicial, es decir, cuando lo que se pretende es que el TS pueda disponer, en caso de estimar procedente la estimación del primer recurso, de la posibilidad de tomar en consideración pretensiones distintas del recurrente adherido que no fueron estimadas en la instancia.

Esta Sala admite ya abiertamente un recurso supeditado ampliatorio de los motivos del principal en dos supuestos: cuando introduzca un nuevo objeto de impugnación que beneficie al acusado y cuando se interponga por la parte a la que no ha causado gravamen la resolución impugnada, pero pudiera producirse el eventual éxito del recurso del recurrente.

En la jurisprudencia, sin embargo, no está totalmente perfilada la doctrina respecto de otras modalidades. En todo caso es claro que el recurso adhesivo en casación desvinculado del principal no lesiona derechos constitucionales y que en la tramitación del recurso adhesivo del Ministerio Público ha quedado aquí salvaguardado con plenitud el principio de contradicción.

TERCERO.- Pero aunque convalidemos la tesis menos proclive a limitar los motivos de adhesión y diésemos por superado el analizado y supuesto obstáculo procesal aparecerá a otro no menor para la prosperabilidad del recurso del Fiscal: la imposibilidad de revisar en casación unos hechos probados en contra del reo. También este motivo de oposición aparece en la impugnación que hace la defensa en casación.



Recordemos la doctrina ya consolidada que cercena las posibilidades de revisión de sentencias absolutorias o de apreciaciones de hecho beneficiosas para el reo por vía de recurso.

La STC 167/2002, de 18 de septiembre inauguró en nuestro ordenamiento esa doctrina que luego se ha reiterado en más de un centenar de sentencias (entre muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero ó 24/2009, de 26 de enero, 80/2013, 120/2013, 105/2014 ó 191/2014). La argumentación, gira alrededor de los principios de publicidad, intermediación y contradicción, integrantes, entre otros, del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Si se quiere guardar fidelidad a esos principios toda condena ha de fundarse en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que dicta la resolución, tras un debate público en el que se brinde ocasión para la contradicción sobre la totalidad del acervo probatorio. Por tanto, cuando en vía de recurso se plantean cuestiones de hecho vinculadas a la valoración de pruebas personales de las que depende la condena o absolución del acusado, es imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano *ad quem* pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. El Tribunal debe oír personalmente a testigos, peritos y acusados, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia.

Estas pautas, elaboradas inicialmente en torno a la apelación, son proyectables a la casación.

La doctrina del TC hunde sus raíces en una jurisprudencia mucho más antigua del TEDH. La primera resolución que abordó esta materia fue el caso *Ekbatani contra Suecia* (STEDH de 26 de mayo de 1988). Luego vendrían tres SS TEDH con la misma fecha: 29 de octubre de 1991 (caso *Helmers contra Suecia*, caso *Jan-Ake Anderson contra Suecia* y caso *Fejde contra Suecia*). Dicha doctrina fue consolidada en pronunciamientos posteriores: SSTEDH de 8 de febrero de 2000 (caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*); STEDH 27 de junio de 2000 (caso *Constantinescu contra Rumania*) y STEDH 25 de julio de 2000 (caso *Tierce y otros contra San Marino*). Cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido la infracción considerada punible.

Una serie de pronunciamientos de los últimos años del TEDH referidos precisamente a España hacen inviable la perdurabilidad de la interpretación amplia del art. 849 LECrim que caracterizó largos años de doctrina legal. La descrita doctrina ha obligado a redimensionar tanto el art. 849.2 (que ahora no nos interesa) como el art. 849.1 en la medida en que a su través se venía permitiendo la revisión de lo que impropiamente se denominaban "juicios de valor".

Cuando se hablaba de juicios de valor en la jurisprudencia clásica se aludía a las inferencias sobre elementos internos, como el dolo, el conocimiento de una determinada circunstancia o dato, la intención de matar, el ánimo de difusión de la droga ocupada o, como en este supuesto, el conocimiento de la ilegalidad de la conducta. Según la visión tradicional del TS tales inferencias eran revisables en casación a través del motivo por infracción de ley que recoge el número 1º del art. 849 LECrim .

Se partía de entender que esos elementos internos no son propiamente hechos, sino deducciones que deben derivarse de hechos externos; que la posición en casación del TS es semejante en ese punto a la del Tribunal de instancia y que, por tanto, es factible la revisión. Es más se afirmaba en muchas ocasiones que esos juicios de valor ni siquiera debieran constar propiamente en los hechos probados, sino en la fundamentación jurídica.

Esa doctrina tradicional tenía cierta justificación en un marco en que el margen de valoración de la actividad probatoria por parte del TS en casación era muy reducido. Pero cuando se abrió la posibilidad de debatir en casación el derecho a la presunción de inocencia perdió sentido, por más que haya pervivido hasta fechas bien cercanas. Las intenciones, los elementos psicológicos, el conocimiento, el estado anímico, no dejan de ser hechos, aunque hayan de fijarse normalmente (salvo confesión) por prueba indiciaria o indirecta. A eso se conoce como inferencias: a la acreditación de intenciones o estados mentales a través de prueba indirecta o indiciaria. Pero son datos factuales. Pertenecen a la *quaestio facti*. Existiendo ya la posibilidad de controlar en casación prueba indiciaria a través de la presunción de inocencia y reglas del art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se evaporaba la utilidad que pudo tener en su día esa doctrina del TS (inferencias o "juicios de valor" revisables por el cauce del art. 849.1º LECrim que además permitía revisarlas también en contra del reo y no solo vía presunción de inocencia).

En esos casos el Tribunal de Casación resolvía pudiendo dictar una sentencia condenatoria sin oír directamente al imputado, y sin existir, por tanto, intermediación respecto de tal medio probatorio. La jurisprudencia supranacional ha obligado a replantear esa doctrina. Son hechos internos, pero no por ello dejan de ser hechos aunque con una peculiaridad: han de acreditarse a través de elementos externos, deducirse de



éstos. Y esa deducción no deja de ser una prueba indirecta: de unos hechos externos probados se infieren otros (en este caso internos).

La doctrina tradicional era inconciliable con las pautas marcadas desde Estrasburgo.

Diversas SSTEDH han supuesto el adiós definitivo a la posibilidad de revisar sentencias absolutorias o inferencias favorables al reo en casación por esta puerta.

La STEDH de 25 de octubre de 2011, caso *Almenara Alvarez contra España*, recordaba varios precedentes referidos también a España (sentencias *Bazo González*, de 16 de diciembre de 2008; el asunto *Igual Coll contra España*, de 10 de marzo de 2009; *Marcos Barrios contra España*, de 21 de septiembre de 2010; y *García Hernández contra España*, de 16 de noviembre de 2010). Se hace imprescindible una audiencia pública con presencia del acusado siempre que en vía de recurso se hace una nueva valoración de los hechos probados para afirmar por primera vez la culpabilidad del acusado. En la sentencia recaída en el asunto *Almenara Alvarez contra España*, el TEDH subraya que la Audiencia Provincial no se limitaba a hacer una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronunciaba sobre una *cuestión de hecho*, a saber: la *intencionalidad* de la acusada en el momento de vender algunos inmuebles como base para una condena por el delito de alzamiento de bienes. Para el TEDH la apreciación de un elemento subjetivo alberga un componente fáctico.

La STEDH de 13 de diciembre de 2011 -asunto *Valbuena Redondo* - condena nuevamente a España. Se habían enjuiciado unos delitos contra la Hacienda Pública. La absolución había sido revocada por la Audiencia Provincial que consideró probada en contra del criterio del Juzgado de lo Penal, el ánimo defraudatorio basándose en la prueba documental y pericial. El TEDH remarca de nuevo la tesis de que la percepción de ánimo de defraudar no escapa a la cuestión de hecho.

Las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero* (cuyo precedente era la STC 328/2006, de 20 de noviembre), de 20 de marzo de 2012, (caso *Serrano Contreras* El acusado había sido absuelto de delitos de estafa y falsedad por la Audiencia Provincial. Sería luego condenado en casación por la (STS 1435/2005, de 14 de octubre: el recurso de amparo contra ella no fue admitido a trámite). Señalando que los órganos nacionales con esas actuaciones no se habían atendido a las exigencias del Convenio, el TEDH argumenta así: " *el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. Al respecto, hay que reconocer que, cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto, la existencia de dolo), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan (Lacadena Calero c. España, antes citado, § 47). Ciertamente, el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado en virtud de una inferencia extraída de los hechos probados por la instancia inferior (entre ellos los documentos obrantes en autos). Sin embargo, el Tribunal Supremo extrajo esta deducción sin haber oído al acusado, que de este modo no tuvo la oportunidad de exponer ante el Tribunal las razones por las cuales negaba tanto haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento como tener una intención fraudulenta (Lacadena Calero, antes citada, § 48). El Tribunal tiene en cuenta a este respecto que esta oportunidad no está prevista para el recurso de casación.* y de 27 de noviembre de 2012 (caso *Vilanova Goterris y Llop García*) Se usa igual argumentación para descalificar la condena dictada por el Tribunal Supremo (STS 1091/2006, de 19 de octubre) a un alcalde y un empresario por delitos contra el medio ambiente. El TS entendía probado en contra de la Audiencia tanto el dolo del Alcalde, como la responsabilidad del empresario.

El Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19 de diciembre de 2012 sentó la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no es compatible con la naturaleza de la casación. La doctrina vale tanto para revertir en condena una absolución, como para modificar el relato de hechos probados en perjuicio de la defensa (que es lo que como se verá viene a reclamar aquí el Fiscal).

El entendimiento desarrollado está ya implementado en la jurisprudencia de esta Sala desde citado el acuerdo del Pleno del TS que resulta plenamente aplicable a esta materia (inferencias o juicios de valor).

CUARTO.- Aquí se trata de la aseveración de que el acusado actuaba en la creencia de que los hechos por los que ha sido condenado no estaban prohibidos por la ley. El Fiscal destaca hábilmente que esa afirmación no aparece en el hecho probado. Tiene razón: está sistemáticamente desubicada. También es verdad que la doctrina del valor complementario respecto de los hechos probados de las afirmaciones fácticas contenidas en los fundamentos de derecho está en franca revisión. Ahora bien, solo cuando se utiliza *contra reo*; nunca cuando juega en favor del reo. Sería absurdo negar una atenuante por un defecto de redacción la defensa: haber hecho figurar, v. gr., los padecimientos psíquicos en el fundamento destinado a justificar la presencia de



circunstancias modificativas omitiendo toda referencia a ellos en el hecho probado (lo que siendo incorrecto, no es insólito).

Aquí, pese a que no se haga mención expresa en el hecho probado como debiera hacerse, es claro que la Audiencia ha tenido por acreditado y así llega a afirmarlo en la fundamentación jurídica (fundamento de derecho segundo) que el acusado interpretó que el consentimiento sexual otorgado por la menor era válido legalmente (es decir desde la perspectiva de la mera legalidad; otra cosa es en el nivel de los comportamientos social o moralmente admitidos o reprobados); dicho de otra forma, que tenía eficacia justificadora del acceso carnal con ella. Eso es un dato fáctico aunque se trate de un elemento interno y aunque esté situado en un pasaje inapropiado de la sentencia. No podemos por ello revisarlo en casación. Lo impide la doctrina explicada: habríamos de oír directamente al acusado para lo que no estamos facultados (acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2012).

Por lo demás esa estimación de la sentencia podrá ser discutible y discutida, -lo demuestra la lectura del sólido informe del Fiscal-, pero dista mucho de ser irracional o ilógica. La Sala de instancia explica bien por qué ha llegado a esa valoración. No juegan en ello un papel secundario ni desdeñable las vicisitudes legales del tipo aplicado. No hace muchos años esa conducta *prima facie* no era delictiva (Código Penal de 1995). Y la *mala conciencia* que demuestra la actitud procesal y extraprocesal del acusado no es signo inequívoco de certeza de la ilicitud legal, sino más bien expresión indudable de que era consciente del lógico reproche social y especialmente parental de ese tipo de relaciones.

No es la conclusión del Tribunal arbitraria o carente de todo soporte y por tanto no puede ser revisada.

No puede estimarse el recurso adhesivo del Fiscal.

QUINTO .- Desestimándose **el recurso, la impugnante** deberá cargar con las costas generadas (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

DECLARAR NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por D^a Carmela en representación legal de la menor D^a Graciela contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lérida que condenaba a D. Felicísimo como autor responsable de un delito de abuso sexual, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso; y a la **pérdida del importe del depósito legal si éste se hubiese constituido**.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

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 . Candido Conde-Pumpido Tourn Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia Joaquin Gimenez Garcia **PUBLICACION** .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.