



Roj: **STS 2553/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2553**

Id Cendoj: **28079120012018100327**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2018**

Nº de Recurso: **1721/2017**

Nº de Resolución: **326/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1721/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 326/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 3 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1721/2017, interpuesto por **D. Indalecio**, representado por la procuradora Dª María de los Ángeles Sánchez Fernández, bajo la dirección letrada de Dª María Yolanda Caballero Blazquez, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lérida con fecha 19 de abril de 2017. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Lérida instruyó sumario nº 3/2016, contra **D. Indalecio**, por delitos de agresión sexual y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Lérida de que en la causa nº 9/2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«**PRIMERO.-** Sobre las 22:10 horas del día 5 de julio de 2015, la Sra. María Inmaculada se encontraba sentada junto a su amiga Elena en un banco situado en la zona peatonal existente sobre las vías del tren en el barrio de Balafia de la ciudad de Lleida, momento en que el acusado, Indalecio, nacido en China, con NIE NUM000, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se acercó y se sentó entre las mismas, procediendo, con ánimo libidinoso, a decir una y otra vez "follar follar".

Tras un pequeño forcejeo entre la Sra. María Inmaculada y el acusado, en el que este último intentó coger una bolsa que la misma portaba, la Sra. María Inmaculada y su amiga procedieron a abandonar el lugar, pidiendo al acusado que las dejara tranquilas, pese a lo cual el mismo siguió tras ellas mientras seguía repitiendo "follar



follar", separándose la Sra. María Inmaculada y la Sra. Elena , momento en que el acusado agarró fuertemente a la Sra. María Inmaculada , tirándola sobre un banco e inmovilizándola con el brazo izquierdo, a la vez que con su mano derecha procedía a tocar la vagina de la misma por debajo de su pantalón short, apretándole con fuerza durante unos segundos, tras lo cual el acusado se abrió la bragueta del pantalón a la vez que repetía de nuevo "follar follor", pudiendo finalmente la Sra. María Inmaculada librarse del acusado y escapar del lugar de los hechos.

SEGUNDO.- Sobre las 17 horas del día siguiente, el acusado se acercó a la menor María Rosa , nacida el día NUM001 de 2001, mientras la misma se encontraba sentada en las escaleras de la PLAZA000 de la localidad de Lleida, y la agarró por detrás tapándole la cara, tratando de levantarla contra su voluntad, lo cual no pudo conseguir gracias a la intervención de algunos trabajadores del establecimiento Mercadona sito en la Avda. Valencia, quienes tras presenciar los hechos se acercaron al lugar en que se encontraban María Rosa y el acusado, reteniendo a este último hasta que llegó la policía.

TERCERO.- Al momento de la comisión de los hechos el acusado se encontraba con sus facultades intelectivas y volitivas ligeramente afectadas.»

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

«FALLAMOS.- CONDENAMOS a Indalecio como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual anteriormente definido a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES de prisión, con inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de comunicarse por cualquier medio con María Inmaculada y aproximarse a ella, a su domicilio o cualquier lugar en que se encuentre en una distancia inferior a 100 metros por tiempo de tres años, imponiéndosele asimismo la medida de libertad vigilada por tiempo de tres años, la cual se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

CONDENAMOS a Indalecio como autor criminalmente responsable de un delito de coacciones anteriormente definido, a la pena de SEIS MESES de prisión, con inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de comunicarse por cualquier medio con María Rosa y aproximarse a ella, a su domicilio o cualquier lugar en que se encuentre en una distancia inferior a 100 metros por tiempo de un año y seis meses.

ABSOLVEMOS a Indalecio del delito de abuso sexual a menor por el que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Condenamos al acusado al pago de las costas procesales.

Abónese al condenado, en caso de proceder el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad, para la extinción de las mismas, el tiempo que hubiere estado privado provisionalmente de libertad por esta causa si no le hubiere sido computado en otra distinta.»

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

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo de lo dispuesto en los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim ., por infracción de normas y preceptos constitucionales (artículo 24 de la CE).

2º.- Por infracción de ley, al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 20 , 21 , 66 y 172 del Código Penal).

3º.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del número 2º del artículo 849 de la LECr , basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

4º.- .- Por quebrantamiento de forma, al amparo de las causas previstas en el artículo 851 de la LECr .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 20 de junio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- 1.- El primero de los motivos denuncia vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia

En cuanto al primer hecho por el que ha sido condenado afirma que no existe prueba de cargo suficiente, pues la testigo-víctima Sra. D^a María Inmaculada manifiesta en el acto de reconocimiento fotográfico policial que reconoce en un 70% al detenido y que «todas las personas chinas son iguales» y la testigo D^a. Elena no declaró en sede judicial sin que el recurrente pudiera interrogarla. Tampoco restaron muestra alguna de haberse sufrido por la supuesta víctima ninguna lesión indicativa del acto imputado al recurrente. Ni concurre ningún otro indicio que acredite la autoría del recurrente respecto del hecho denunciado

En cuanto al segundo hecho se suscitan dudas porque el testigo Sr Jose María refiere la presencia de otra persona también china en el lugar, y no objetivaron lesiones en la supuesta víctima, la menor D^a María Rosa , que ni siquiera identifica al acusado.

2.-1.- El recurso de casación no es el escenario para la actividad de reconstrucción del pasado en relación a los hechos imputados. En la casación no se practica prueba. La función de este recurso es determinar si la que se lleva a cabo en las resoluciones recurridas se acomoda a las exigencias de aquella garantía constitucional. En definitiva sí existen razones que legitimen lo imputado y la decisión.

La garantía de presunción de inocencia implica, en efecto, una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, como presupuesto, que aquella actividad probatoria se constituya válidamente por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

2.2.- La **justificación de la conclusión probatoria** establecerá los datos de procedencia **externa** aportados por medios cuya capacidad persuasoria será tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa **credibilidad y verosimilitud** no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

Como dijimos en nuestra STS nº 833/2017 de 18 de diciembre , cuando estamos ante una **prueba directa** -aquella que suministra afirmaciones relativas al hecho imputado, sin necesidad de construcciones inferenciales- la valoración de la razonabilidad del crédito que se le confiere es en buena medida tributaria de la percepción inmediata de la práctica de la prueba por el juzgador.

Pero ello no releva de la exigencia de que la impresión que así se produce en el receptor no deba revalidarse desde la perspectiva de criterios objetivos. Como tampoco sería admisible fundar la resolución en una especie de acto de fe incondicionado en la veracidad de la versión de quien se dice víctima, por repugnante que sea el hecho denunciado, la vulnerabilidad de aquélla o la frecuencia de este tipo de hechos.

Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba. Y, desde luego, de las insistencias externas al proceso, por numerosas e incluso comprensibles que puedan ser éstas.

La racionalidad de la credibilidad otorgada al testigo, también cuando es la víctima, obliga a exponer las concretas razones por las que se pueden despejar las dudas que podían suscitar la presencia, e incluso la ausencia, de datos, susceptibles de ser alegados en descargo por la defensa del imputado. En particular en relación con el escenario o el objeto o cuerpo de la persona sobre la que recae la acción delictiva, al tiempo o después del hecho, cuando el delito sea de aquellos cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas en aquellos lugares, objetos o cuerpos.

Solamente así se podrá controlar si la certeza sobre la veracidad de las afirmaciones de los hechos de que parte la recurrida cumplen o no el canon constitucional implícito en la garantía de presunción de inocencia.

2.3.- La justificación **interna** de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los



subjetivos, son una conclusión **coherente** que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una **certeza** que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de **objetiva** .

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, sean parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La certeza alcanzada puede, sin embargo, no excluir dudas, por lo demás consustanciales al conocimiento humano. Ciertamente las dudas pueden surgir por un lado respecto de aquella justificación interna, si la conclusión asumida no es la única posible, y, por otro lado, de la razonabilidad de inferencias a partir de otros datos externos con los que cabe construir tesis alternativas excluyentes de la imputación.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la objeción a la inferencia establecida o la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, también son razonables las dudas sobre la afirmación acusadora. Y entonces falta la suficiente certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero, y de ahí la relativización antes mencionada, fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si debió dudar.

3.- La sentencia expone, como motivos que justifican la atribución de los hechos que declara probados en relación con el primero de los hechos, la declaración de la víctima Sra. María Inmaculada recibida por el juzgador en el acto de la vista del juicio oral. Respecto de ella advierte de que no se indican motivos para albergar dudas sobre motivaciones espurias y constatan la persistencia, en lo esencial, en el relato incriminador, que se describe como hecho probado.

La declaración de la testigo acompañante de aquélla se toma en consideración como elemento corroborante sin erigir esa declaración en fundamento de la condena.

Subraya que la identificación del recurrente como autor del hecho imputado deriva del reconocimiento hecho «sin fisuras» en el acto del juicio oral donde aclara, contra lo que el recurrente alega, que la víctima aseguró que el reconocimiento lo fue siempre al 100%.

4.- Dada esa justificación, conforme a la doctrina expuesta en el apartado anterior, convenimos en que la **certeza** que el tribunal de instancia proclama respecto a la verdad de lo que declara probado, puede tildarse de **objetiva** . En efecto esos datos aportados en el juicio oral, como componente externo de la argumentación, justifican la inferencia, en lo interno, que lleva desde aquellos a la conclusión de que, no solamente ocurrieron los hechos descritos -lo que el recurso apenas cuestiona- sino que los mismos fueron ejecutados precisamente por este penado. Porque, de la premisa de que un testigo, sin motivos espurios y con capacidad de percepción no cuestionada, acomoda su relato a la verdad se debe llegar a que la testigo víctima, quien, según premisa siguiente, está dotada de aquellas condiciones, también dice verdad en este caso.

5.- En relación con el segundo hecho también expone la sentencia recurrida argumentos que llevan a la misma calificación de su certeza al respecto como objetiva. Advierte ahí la resolución recurrida de que la testigo menor víctima, D^a María Rosa , nacida el NUM001 de 2001, describió los hechos que le afectan tal como se repite en el apartado de lo probado de aquella resolución. Ciertamente la testigo dice que el acusado ni la tocó ni le dijo nada, pero acude el juzgador de la instancia al testimonio de otros testigos no sin dejar expuesto que la menor víctima "se sintió asustada y empezó a chillar", lo que implica una justificación de la parcial separación entre lo que la sentencia recoge y lo que admite que dijo la víctima. Aquellos testigos describen la acción del acusado indicando que a la menor «la cogía por detrás, poniéndole la mano en la boca y agarrándola del pecho para levantarla». Lo que lleva a concluir, con pleno aval de lógica sin necesidad de inferencia, la valoración de la credibilidad de los testigos terceros ajenos al hecho, y con ello que el acusado hizo *uso de la fuerza intentando llevarse a la menor de la plaza en contra de su voluntad*.

Como también hemos de convenir con el juzgador de instancia en la conclusión no objeto de recurso, de que el acusado intentó imponer su voluntad a la libre de la víctima, obligándole a hacer lo que no quería. No sin señalar la no necesidad de hacer -como hace la sentencia de instancia- una referencia al ánimo libidinoso



del sujeto activo, que el tipo penal atribuido por la acusación ya no exige. Basta, eso sí, la exclusión de toda connotación objetiva sexual en la acción imputada como ámbito de la libertad al respecto y de la indemnidad de la víctima, que es lo que aquel tipo imputado protege.

Por todo ello el motivo debe rechazarse, ya que la enervación de la presunción de inocencia en relación a sendas imputaciones ha sido obtenida con pleno respeto al canon constitucional antes señalado.

SEGUNDO.- 1.- Continúa el recurso señalando una serie de vulneraciones de garantías constitucionales: **a)** En cuanto a la **lectura de derechos** porque no se hizo en relación al segundo de los hechos; **b)** porque la sentencia no se motiva adecuadamente la exclusión de la **tentativa en las coacciones**, ni que **la pena** por éstas no sea la de mera multa o no se atenga a la que procede por concurrir la no estimada atenuante del artículo 21.1º del Código Penal o, en fin por la imposición de la libertad vigilada que era prescindible, conforme al artículo 192 del mismo Código Penal; **c)** como vulneración también de contenido constitucional se denuncia lo que se califica de indefensión originada por ausencia de **notificación del escrito de acusación y de la resolución de apertura del juicio oral** de los que, se añade, tampoco se habría facilitado texto en «lengua comprensible» para el acusado. también se alega que se vulneró el derecho a ser asistido de intérprete, incluso en el hospital en el que fue ingresado; **d)** y se llega a estimar procedente añadir que **en instrucción algunos testigos fueron oídos sin presencia de letrado del imputado**.

2.- Todas estas quejas pretende ser admitidas precisamente en cuanto que las mismas se estiman de contenido constitucional, ya que se formula en el motivo primero al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por referencia al artículo 24 de la Constitución Española.

No obstante, no cabe conferir tal alcance a las supuestas irregularidades que se describen en el motivo. Para ello habría de acreditarse una efectiva indefensión a consecuencia de lo que se denuncia.

Con independencia de las quejas que serán objeto de examen al responder a los demás motivos, la denuncia sobre lectura de derechos, notificación de escritos de acusación o asistencia de letrado del imputado en las declaraciones testimoniales en instrucción verían conjurada su potencial riesgo por la obtención de tales informaciones y asistencias en el debate del juicio oral sin que, de existir, aquellas irregularidades mantuvieran potencial de indefensión alguno tras la información y asistencia posterior. Tal indefensión en el enjuiciamiento no se acreditan.

En cuanto a la pretensión de calificación de los hechos como tentativa nos remitimos a lo que pasamos a decir en los siguientes Fundamentos Jurídicos, así como a lo que diremos sobre atenuante y subsiguiente pena.

TERCERO.- 1.- Señalada como alegación segunda, se formula un tercer motivo por infracción de ley, al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 20 , 21 , 66 y 172 del Código Penal) al estimar que la sentencia no tiene en consideración lo previsto en los artículos 16 y 62 del Código Penal . Estima al respecto, que la condena por delito de coacciones debió ser a título de tentativa y que se debió estimar la atenuante que invoca.

Justifica la pretensión señalando como relevantes las expresiones de la sentencia «tratando de levantarla» que tanto quiere decir como sin conseguirlo, por lo que incluso dice aquella expresamente «lo cual no pudo conseguir».

2.- El Ministerio Fiscal en relación a ese hecho (el segundo de los imputados) interesaba la condena por tentativa pero respecto del delito que imputaba, que era el de abuso sexual. La sentencia excluyó la trascendencia de ese hecho en la esfera de libertad e indemnidad sexual de la víctima y condujo lo probado al delito de coacciones del artículo 172.1 del Código Penal .

No aborda la cuestión de la consumación, tampoco planteada en la instancia por la parte, ya que este título delictivo de coacciones surge por primera vez en la sentencia. El recurrente enfatiza el sentido de la expresión de la sentencia que excluye la ausencia de efectiva consecución del objetivo que el autor se propuso. Tal expresión se refiere en el hecho probado al no logro de que el acusado «levantara» a la víctima que estaba sentada en unas escaleras.

Como recordábamos en nuestra STS nº 1058/2012 de 18 de diciembre : *La Jurisprudencia ha venido reconociendo en el delito de coacciones su naturaleza de **delito de resultado** en cuanto exige que efectivamente se impida hacer lo que la Ley no prohíbe o se obligue a efectuar lo que no se quiere, sea justo o injusto, y por ello es posible la tentativa (Cfr. Sentencias de 19 de julio y 22 de noviembre de 1990 , que se mencionan en apoyo del motivo). Y ha admitido también que su ejecución puede tenerse por imperfecta, como en el caso de la Sentencia TS nº 770/2010 de 15 de septiembre .*

Debemos sin embargo enfatizar que la imperfección ejecutiva, con exclusión de la consumación, se determina atendiendo a que en la relación entre acción y resultado, mientras aquélla se ubica en el ámbito del sujeto activo,



éste se ubica en el de la víctima. Al igual que los motivos del sujeto activo, irrelevantes para detección de la producción del resultado, se sitúan en la esfera del autor, el proyecto criminal de éste, no obstante la subjetividad referida también al autor, solamente es trascendente para dicha determinación de producción de resultado en cuanto acota el criterio de lo que ha de constatarse y que es, precisa y exclusivamente, la autodeterminación de la víctima. Por ello el resultado determinante de la consumación solamente cabe fijarlo en cuanto a su **trascendencia en esa autodeterminación y no a la satisfacción de la finalidad procurada por el autor** .

En definitiva, se trata de saber **si la víctima dejó de hacer lo que ella quería, o hizo lo que no quería** . La sentencia antes citada decidía un caso en que la acción del autor se desplegaba sobre un tercero para determinar a la víctima que, sin embargo, se mantuvo indemne en su capacidad de actuación. De ahí que, por razón de tal indemnidad persistente en la pretendida víctima, llegase la sentencia a excluir la consumación.

En el caso que aquí juzgamos la víctima se vio privada, siquiera por breve tiempo, de mantener su rostro sin ser cubierto y de mantenerse sentada sin necesidad de forcejear para lograrlo. Por ello la limitación de su autodeterminación se produjo efectivamente determinando la consumación.

El motivo se rechaza.

CUARTO.- 1.- En cuanto a la (des)estimación de la atenuante por enfermedad psíquica, se formula por el mismo cauce, de infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal - identificada como segunda- una alegación de vulneración de los artículos 20 y 21 del Código Penal , por la que se justifica la pretensión estimando que el comportamiento del acusado, en particular al manifestarse de manera incoherente o agrediendo al intérprete en comisaría, así como en el Juzgado donde llevó a interrumpir su declaración y remisión a un centro hospitalario para diagnóstico, ya pone de manifiesto la anormalidad que predica enfermedad mental. El informe forense, subrayaría las «alteraciones de sensopercepción» y la «ideación delirante de perjuicio», según indica la sentencia en el Fundamento Jurídico Cuarto, hasta el punto de aconsejar el ingreso para valoración, diagnóstico y tratamiento.

Aún más relevante sería que el informe médico tras el internamiento, según describe la misma sentencia de instancia, constata que *no haya sido finalmente posible establecer un diagnóstico por las circunstancias y dificultades a que hace referencia el informe emitido por los profesionales del Hospital Santa María, resulta compatible con una situación de perturbación psíquica que , no reuniendo los concretos presupuestos de la exigente completa del art. 20.1 ni de la exigente incompleta del art. 21.1, sí resulta encuadrable en la atenuante analógica de anomalía o alteración psíquica del art. 21.7 puesta en relación con dichos preceptos.*

Ya por el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se incluye una tercera alegación invocando el informe forense y el hospitalario que estima son suficientes y determinantes para que por la Sala a quo hubiera apreciado las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal solicitadas por la defensa (tanto eximentes completas como incompletas del artículo 20.1 y 3 del Código Penal).

2.- Pues bien, por un lado, no cabe compartir la tesis de la sentencia de instancia sobre la supuesta carga probatoria acerca de los efectos de la supuesta insania del acusado.

El proceso penal constitucional, regido por el principio de necesidad y legalidad, no reconoce a las partes el dominio sobre el objeto del mismo que se les atribuye en el civil. Por lo que no admite una distribución de consecuencias de la falta de certeza objetiva, una vez valorada la actividad probatoria, tributaria del esfuerzo probatorio de cada parte.

La garantía constitucional de presunción de inocencia no soporta una discriminación entre los hechos según favorezcan a una u otra parte. Cualquiera que sea el hecho sobre el que no se alcanza la certeza objetiva, si de él depende la condena (culpabilidad) o la absolucón (no culpabilidad) del acusado, ha de constar con idéntica certeza objetiva es decir más allá de toda duda razonable. Y por ello, la inexistencia de cualquier hecho de los que dan lugar a la aplicación de una causa de exención, en la medida que es causa de debida absolucón, ha de valorarse con el mismo baremo con que se exige la prueba de la existencia del que da lugar a la estimación de culpabilidad.

Obviamente no porque la existencia de aquel hecho que exige de responsabilidad sea presumido por ley, proclamando que en principio todos somos psíquicamente enfermos. Como tampoco presume la ley la existencia del hecho alegado en descargo por la defensa. Y, sin embargo, ha de valorarse la prueba sobre el mismo de suerte que excluya toda duda razonable sobre el hecho que funda la imputación.

Si la existencia de la causa de exención ha sido objeto (o debiera haberlo sido) de debate, por su trascendencia para decidir sobre la culpabilidad y subsiguiente condena, su exclusión ha de constar con igual certeza que el hecho típico, el elemento subjetivo o cualquier otro elemento que determine la condena, ya que, de lo contrario, faltará la certeza objetiva que la presunción de inocencia exige sobre un aspecto del elemento subjetivo (el que



da lugar a la **imputabilidad**) del delito, ya que al respecto habrá surgido una «duda razonable». Otra cosa es que, en cuanto excepción de lo que ocurre ordinariamente, la conclusión al respecto solamente ha de justificarse si el debate es razonablemente instaurado.

Tal como postula algún sector de la doctrina, en países de larga experiencia democrática sobre la presunción de inocencia, es necesario formularnos esta pregunta: ¿cómo podemos decir que se respeta la presunción de inocencia si el acusado tiene que probar algo para asegurar que recibirá una absolución?. (ver disminuida la privación de su libertad por la medida de la pena).

Si tenemos por valor constitucional la opción de preferir la absolución del culpable a la condena del inocente aún cabe otra pregunta, también formulada en aquel contexto político y doctrinal: Contraponiendo dos hipótesis ante la acusación por un mismo delito frente a dos sujetos que alegan uno una coartada y el otro una causa de exención (inimputabilidad o legítima defensa) ¿le bastará al primero dar lugar a una duda razonable sobre la imputación, mientras el segundo vendrá necesitado de lograr en el juzgador certeza sobre el hecho causante de exención. ¿En virtud de qué principio cabe tan dispar toma de posición sobre la importancia de absolver al inocente, frente al coste de absolver al culpable?.

No se trata de que las causas de exención de responsabilidad (inimputabilidad, justificación, exculpación, no punibilidad o prescripción) hayan de estar tan probadas como el hecho imputado, sino que esa identidad de rigor probatorio rige entre la *existencia* los elementos determinantes de la condena y la *inexistencia* de los determinantes de la exención y subsiguiente absolución. En definitiva, no se trata de partir de la hipótesis de que el acusado era inimputable, sino de que la regla general al respecto -la **imputabilidad**- ha sido cuestionada de tal manera que para afirmar aquella **imputabilidad** hace falta un resultado probatorio que confirme esa regla general en el caso que se alega excepcional. Y ello con resultado probatorio que justifique la certeza objetiva.

Pero, por otro lado, el estado de duda con los datos de que se dispone en esta causa, acerca de una trascendencia de la patología del acusado no atribuye a aquella suficiente razonabilidad como para desvirtuar la certeza expuesta en la sentencia de instancia. Porque nada acredita una entidad mayor en la afectación de su capacidad cognitiva y volitiva que, además, como bien señala la recurrida, sea cualitativamente considerable en lo funcional para empobrecer la autodeterminación consciente y libre del acusado en específica referencia al hecho imputado, hasta el punto de erigirla en determinadamente causal de tal ilícito comportamiento.

El motivo se rechaza.

QUINTO.- 1.- Como quebrantamiento de forma propone la denuncia en casación de la garantía ínsita en el principio acusatorio con cita del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Recuerda que por parte del Ministerio Fiscal se solicitó la condena por un delito de abuso sexual en grado de tentativa a un menor. No obstante, la Sala, sin planteamiento de la «tesis», condena por un delito de coacciones consumado, estimando el recurrente que el bien jurídico protegido por el delito de amenazas y el de agresión sexual es bien distinto. Por consiguiente, no puede hablarse de delitos homogéneos. Y, concluye, esto vulnera al penado su derecho a conocer la acusación, ocasionándole indefensión, y, consecuente vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva.

2.- La exigencia del acusatorio se centra en la identidad entre el objeto del proceso, propuesto por las partes acusadoras, y el contenido de la sentencia, en cuanto requiere que los elementos objetivos de justificación de ésta han de estar incluidos en aquel objeto que identifica la acusación. Y el objeto del proceso no es otra cosa que un **hecho** , -acotado desde la perspectiva de su calificación jurídica, pero sin que ésta sea determinante de la identidad de aquél-, y en cuanto atribuido a un **sujeto** , que es el que se tiene por responsable criminal por razón del mismo.

En el presente caso es claro que el hecho identificador del objeto reunía dos enunciados: el uno la violencia ejercida, el otro la trascendencia sobre la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Pues bien la condena no añade ningún elemento a ese componente dual. Se limita a reducirlo imputando solamente el que concierne a la violencia.

Por tanto, es claro que no hay alteración del objeto del proceso en relación con el asumido para la condena.

Con independencia de la homogeneidad dogmática que pueda reconocerse o no entre la figura delictiva imputada y la asumida en la condena, a la que no se refiere ni el artículo 851.4 ni el 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , lo relevante es la inexistencia de indefensión. En el caso juzgado una y otra de aquellas titulaciones de tipicidad se caracterizan por atentar contra la libertad del sujeto pasivo. Y es obvio que no se alcanza a entender que de haberse circunscrito la acusación a los términos que lo hace la sentencia el imputado hubiera sido avisado sobre la necesidad de añadir alguna preocupación más a su estrategia de defensa.



El motivo se rechaza.

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

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación formulado por D. Indalecio , contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lérida con fecha 19 de abril de 2017 . Con expresa condena de las costas causadas en el recurso.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ