

Roj: **STS 282/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:282**Id Cendoj: **28079120012017100071**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **07/02/2017**Nº de Recurso: **839/2016**Nº de Resolución: **58/2017**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA**Sentencia N°:** 58/2017**RECURSO CASACION N°** : 839/2016**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimatoria **Procedencia:** Audiencia Provincial de Barcelona **Fecha Sentencia** : 07/02/2017**Ponente Excmo. Sr. D.** : Cándido Conde Pumpido Tourón **Secretaría de Sala** : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río **Escrito por** : AMM

Abuso sexual. Revisión sentencias absolutorias. - Vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad. La doctrina jurisprudencial del TEDH solo permite la revisión en casación de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas.

Los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. En la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

La consecuencia de esta doctrina desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, es que el único motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es el de infracción de ley pura del núm. 1º del art 849 de la Lecrim. El art 849 2º de la Lecrim no es utilizable en estos supuestos porque esta vía impugnativa exige que los documentos invocados no resulten contradichos por otros elementos probatorios, y esta valoración conjunta vulnera la prohibición de valoración en casación de pruebas personales en contra del reo.

Cuando la valoración probatoria resulte absolutamente arbitraria, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado para lograr su anulación. Pero esta solución implica la invocación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, dado que la estimación de un motivo casacional encauzado por el art 849 2º de la Lecrim, como motivo por infracción de ley, no conduce a la devolución de la causa al Tribunal de Instancia, sino al dictado de segunda sentencia (art 902 Lecrim).



Sentencia absolutoria por aplicación de un error vencible de tipo. - Imposibilidad de cambiar el relato fáctico en el caso enjuiciado, atendiendo a la doctrina del TEDH. No cabe modificar el criterio del Tribunal de instancia que considera acreditado que la acusada desconocía la edad del menor.

Imposibilidad de aplicar otra calificación alternativa, como abuso con prevalimiento, al no haberse planteado por la parte recurrente y no haberse sometido a debate, porque lo impiden los principios constitucionales de contradicción y defensa.

Nº: 839/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde Pumpido Tourón

Fallo: 19/01/2017

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 58/2017

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Febrero de dos mil diecisiete.

En el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por la Acusación Particular **D^a Delfina**, contra sentencia de fecha 15 de febrero de 2011, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, en causa seguida contra **D^a Martina** por delitos de abuso sexual y difusión de material pornográfico, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del primero de los indicados, Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, estando la acusación particular representada por la Procuradora **D^a Andrea de Dorremochea Guiot** y la acusada recurrida **Martina**, representada por el Procurador **D. Antonio M^a Alvarez-Buylla Ballesteros**.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 8 de Gava, instruyó Sumario con el num. 1/2015, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, que con fecha 15 de febrero de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS: "ÚNICO.- Resulta probado y así se declara que: I.- **Martina**, cuya residencia habitual y lugar de trabajo se encontraban en la localidad de Madrid, en fecha no precisa, pero en todo caso entre el 8 y el 14 de abril de 2013, pernoctaba, por cuestiones laborales, en el domicilio sito en la CALLE000 n^o NUM000 de DIRECCION000 (Barcelona), en la que residía su socio, con el que había mantenido algún contacto sexual esporádico y la familia de este, integrada, entre otros, por el menor **Valentín**, nacido el día NUM001 de 2000; una de las noches, **Martina** se desplazó, junto con el menor, cuya edad desconocía, con exactitud, a la habitación de éste, donde, con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, tras besarle y efectuarle tocamientos en los genitales, le practicó una felación, llegando el menor a eyacular, contando con el consentimiento de éste.



II. Con posterioridad a tales hechos y en fecha no precisa, la acusada envió al menor varias fotografías de ella desnuda y el 16 de abril de 2013, desde su dirección de correo electrónico, envió a la dirección de correo del menor una fotografía suya, tumbada y semidesnuda, en cuya parte inferior derecha se visiona su órgano genital, oculto, parcialmente, por su mano derecha sobre el cual se apoya la misma.

III. El día 13 de febrero de 2014, Delfina , progenitora materna del menor, interpuso denuncia en dependencias policiales, tras tomar conocimiento de los anteriores hechos, que su hijo relató, al ser descubierta la anterior fotografía en su correo electrónico cuando era revisado por aquella.

IV.- Valentín , presentó un malestar psicológico a partir del momento de la revelación de los hechos por las consecuencias familiares y judiciales derivadas con incidencia directa en el equilibrio psicológico del mismo".

SEGUNDO- La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a Martina de los delitos de abuso sexual y difusión de material pornográfico a menores, por los que resultaba acusada, con la obligación, no obstante, de indemnizar a Valentín en la suma de mil quinientos euros (1.500 euros), cantidad que devengará el interés legal correspondiente y declaración de oficio de las costas causadas.

Queden sin efecto, inmediatamente, cuantas medidas cautelares hubieren sido acordadas durante la presente causa,

Notifíquese la presente Sentencia a todas las partes procesales comparecidas, con expresión de que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley y/o por quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días, a anunciar ante esta Sala y para su substanciación ante el Tribunal Supremo".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por la representación de la acusación particular que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación de la recurrente formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim ., por error en la apreciación de la prueba pericial psicológica obrante a los folios 151 y 156 del sumario, así como la exploración judicial de Valentín y el material fotográfico obrante al folio 14 del sumario, así como de la exploración judicial de Valentín y el material fotográfico obrante al folio 14 del sumario. SEGUNDO: Por vulneración del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y a un pronunciamiento con las debidas garantías.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el diecinueve de enero pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 15 de febrero de 2016 , absuelve a la acusada del delito de abuso sexual sobre un menor de 13 años, por estimar acreditado un error vencible de tipo, y del delito de difusión de material pornográfico a menores, por estimar acreditado que la fotografía remitida al menor no tenía carácter pornográfico.

Los hechos declarados probados establecen, en síntesis, que la acusada, de 34 años de edad y residente en Madrid, pernoctaba con cierta frecuencia por viajes de trabajo en el domicilio de un socio, que residía en Barcelona con su familia. Una de esas noches se desplazó al dormitorio de uno de sus hijos, de doce años de edad, y sin conocimiento exacto de su edad, le besó, le efectuó tocamientos en sus genitales y le practicó una felación, contando con su aprobación. Con posterioridad le envió por correo electrónico varias fotografías de ella, desnuda, incluida una en la que se la veía semidesnuda, con una mano posada sobre sus órganos genitales.

Frente a esta sentencia se formulan por la acusación particular dos motivos de recurso, el primero por error de hecho en la valoración probatoria, y el segundo por supuesta vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

A) ÁMBITO DE REVISIÓN DE ESTA SALA DE CASACIÓN PARA LA MODIFICACIÓN CONDENATORIA DE LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS SIN AUDIENCIA PERSONAL DEL ACUSADO, CONFORME A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.



SEGUNDO.- Conforme a una doctrina ya reiterada de esta Sala, (SSTS 892/2016, de 25 de noviembre , 421/2016, de 18 de mayo , 22/2016, de 27 de enero , 146/2014, de 14 de febrero , 122/2014, de 24 de febrero , 1014/2013, de 12 de diciembre y 517/2013, de 17 de junio , entre otras), al solicitarse por la parte recurrente (en este caso la acusación particular) la condena de quien ha resultado absuelto en la sentencia de instancia, se hace necesario precisar el ámbito de revisión de las sentencias absolutorias del que dispone esta Sala en casación.

Para ello ha de atenderse, en primer lugar, a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han establecido un criterio restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias sin audiencia personal del acusado; y, en segundo lugar, al criterio de este Tribunal Supremo que estima incompatible dicha audiencia personal con la naturaleza y regulación legal del recurso de casación, sin perjuicio de que el acusado sea oído siempre en casación a través de su defensa jurídica (Pleno no jurisdiccional celebrado el 19 de diciembre de 2012, en el que se decidió que " *La citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en la Ley* ", STS 400/2013, de 16 de mayo).

Conviene reiterar, una vez más, nuestra doctrina a efectos de su consolidación y aplicación al caso ahora enjuiciado.

TERCERO.- Recuerdan las SSTS 892/2016, de 25 de noviembre , 421/2016, de 18 de mayo , 22/2016, de 27 de enero , 146/2014, de 14 de febrero , 122/2014, de 24 de febrero , 1014/2013, de 12 de diciembre , 517/2013, de 17 de junio , 400/2013, de 16 de mayo , etc. , con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril , entre otras, que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas.

Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE , es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifiquen también el ordenamiento procesal penal.

En la función de tutela de derechos fundamentales, que también le corresponde a este Tribunal con carácter primario, no actúa esta Sala como órgano supremo, pues está determinada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, que en esta materia puede revisar sus resoluciones (arts. 123 y 161 b CE).

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

Precisamente en este segundo ámbito (la corrección de la interpretación errónea de los tipos penales realizada en perjuicio de las víctimas o perjudicados), absolutamente necesario por razones de tutela judicial efectiva, de seguridad jurídica y para garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, estriba la diferencia esencial entre la competencia jurisdiccional de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pues éste, como regla general, solo puede corregir los supuestos de extralimitación típica a través del recurso de amparo por vulneración del principio de legalidad penal, pero en ningún caso los supuestos de indebida inaplicación de la norma sancionadora, que solo vulneran por defecto el referido principio.

CUARTO.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como las de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll), 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani), 21 de septiembre de 2010 (caso Marcos Barrios) o 16 de noviembre de 2010 (caso García Hernández) aprecia vulneración del Art. 6 1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero considera, "a contrario sensu", que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia, (Ver SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32 ; 16



de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España , § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España , § 39 ; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España , § 38 ; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España , § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España , § 31; y STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García C. España).

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

Y, en definitiva, se considera en esta resolución, " *vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad...*".

B) ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS.

QUINTO .- En la sentencia STC Pleno, núm. 88/2013, de 11 de abril se aprecia que la razón que justifica finalmente la concesión del amparo consiste, precisamente, en que para la revisión de la corrección de la apreciación del Tribunal sentenciador acerca de la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo, el Tribunal de apelación no se basó exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, sino que acudió a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado a estos efectos.

Así señala la STC 88/2013, de 11 de abril , que " *la condena en la segunda instancia, a pesar de que se mantuvo inmodificado el relato de hechos probados de la Sentencia revocada, se fundamenta en una reconsideración de esos hechos probados para derivar de ello tanto el elemento normativo de delito, referido al carácter abusivo de los acuerdos adoptados, como el elemento subjetivo, referido al ánimo de perjudicar al querellante. Esto es, la divergencia se produce no por una controversia jurídica respecto de la amplitud que pudiera darse a la interpretación de determinados elementos del delito, sino en relación con una controversia fáctica respecto de las inferencias recaídas sobre los hechos declarados probados para entender acreditados dichos elementos. Además, esa reconsideración se realiza valorando aspectos concernientes tanto a las declaraciones de los recurrentes, como del querellante, que no fueron practicadas a su presencia, como se pone de manifiesto en la argumentación de la Sentencia de apelación al considerar concurrente el elemento subjetivo, discrepando sobre la credibilidad que se había dado por el órgano judicial de instancia a las declaraciones de los acusados sobre quién era el responsable de que no hubiera podido llegarse a un acuerdo para la compra de las participaciones del querellante.*

Por tanto, no puede afirmarse que la controversia versara sobre una cuestión estrictamente de interpretación jurídica que, por su naturaleza desligada del debate sobre la concurrencia de aspectos fácticos del delito, pudiera resolverse sin la celebración de una vista pública, lo que determina que se deba considerar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)".

Y, en relación con la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, se señala en el fundamento jurídico decimotercero, de la sentencia citada (STC 88/2013, de 11 de abril) que " *hay que concluir, en primer lugar, que la declaración de culpabilidad de los acusados en la segunda instancia ha tomado en consideración pruebas inválidas, como eran diversos testimonios personales, en tanto que no estaban practicadas con las debidas garantías de publicidad, intermediación y contradicción en esa segunda instancia. Y, en segundo lugar, que en la valoración conjunta de la actividad probatoria para considerar acreditada la concurrencia de ese concreto elemento subjetivo del delito societario por parte del órgano judicial de segunda instancia, la ponderación de dichos testimonios era absolutamente esencial para poder inferir de manera concluyente la culpabilidad de los acusados y, muy especialmente, la de su testimonio exculpatorio, habida cuenta de la ya señalada obligación derivada del derecho a la presunción de inocencia de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada por los acusados*".



Por ello, lo determinante para la concesión del amparo, es que la Sala de apelación no se limitó a revisar la subsunción jurídica de los hechos descritos en el relato fáctico, sino que reconsideró la prueba personal practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

En definitiva, los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

En la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

El error sobre la concurrencia de los elementos subjetivos podría subsanarse en casación si se basase exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir si se tratase de un error de subsunción. Por ejemplo, si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. O cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O, en fin, cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

Por tanto, el Tribunal de casación puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado.

C) CONSECUENCIA SOBRE LOS MOTIVOS DE CASACIÓN ADMISIBLES.

SEXTO.- La consecuencia de esta doctrina desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, es que el motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es únicamente el de infracción de ley pura del núm. 1º del art 849 de la Lecrim .

Como ha señalado, por ejemplo, nuestra STS 892/2016 de 25 de noviembre , cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2º del art. 849 de la Lecrim , es decir, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión plantea otros problemas.

Es cierto que la posibilidad de rectificar el hecho probado con modificaciones, adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que "...demuestren la equivocación del juzgador", tiene una larga tradición en nuestro recurso de casación penal (desde 1933), aunque no figurase en su diseño legislativo inicial. Pero esta vía impugnativa exige necesariamente, conforme al inciso final del art. 849.2 de la Lecrim que los documentos invocados no resulten "...contradichos por otros elementos probatorios".

Este requisito legal implica que el Tribunal de casación no puede estimar el motivo sin contrastar el documento con el resultado de otros elementos probatorios, como son las pruebas personales practicadas en el plenario, incluida la declaración del propio acusado, para comprobar y valorar si el documento entra, o no, en contradicción con ellas.

Esta valoración conjunta, o contrastada vulnera la prohibición consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valoración en casación de pruebas personales en contra del reo, por lo que el cauce casacional del art 849 2º de la Lecrim , no es utilizable en estos supuestos si lo que se pretende es que el Tribunal casacional dicte una nueva sentencia condenatoria, que solo podrá obtenerse por el cauce específico de la infracción de ley propiamente dicha, del núm. primero del art 849 de la Lecrim .



Todo ello con independencia de los supuestos en los que se pretenda denunciar una interpretación absolutamente arbitraria de la prueba, como vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, para obtener la nulidad de la sentencia, lo que analizaremos separadamente en el motivo casacional específicamente encauzado a través de la infracción de este derecho constitucional.

Y ello porque sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio.

Pero esta solución implica la invocación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, dado que la estimación de un motivo casacional encauzado por el art 849 2º de la Lecrim , como motivo por infracción de ley, no conduce a la devolución de la causa al Tribunal de Instancia, sino al dictado de segunda sentencia (art 902 Lecrim).

En definitiva, y como conclusión: el único motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es el de infracción de ley pura del núm. 1º del art 849 de la Lecrim . El cauce del art 849 2º de la Lecrim no es utilizable porque esta vía impugnativa exige que los documentos invocados no resulten contradichos por otros elementos probatorios, y esta valoración conjunta vulnera la prohibición de valoración en casación de pruebas personales en contra del reo. Cuando la valoración probatoria resulte absolutamente arbitraria, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado para intentar su anulación. Pero solo a través de la invocación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, porque la estimación de un motivo por el art 849 2º de la Lecrim no conduce a la devolución de la causa al Tribunal de Instancia, sino al dictado de segunda sentencia (art 902 Lecrim).

D) Imposibilidad de modificar en el caso actual la apreciación fáctica del Tribunal sentenciador.

SÉPTIMO .- En el caso actual, la parte recurrente interesa en el recurso de casación que se dicte nueva sentencia en la que se condene a la acusada por los dos delitos objeto de acusación en la instancia. Para ello se fundamenta el recurso exclusivamente en dos motivos, el primero por error de hecho en la valoración probatoria, conforme al art 849 2º de la Lecrim , y el segundo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El primer motivo interesa que se aprecie la concurrencia de error de hecho apoyándose como prueba documental en una prueba pericial psicológica, en la exploración judicial del menor y en el material fotográfico obrante en la causa.

En relación con la acusación por delito de abuso sexual de menores, lo que pretende la parte recurrente es que se modifique la apreciación del Tribunal sentenciador de un error de tipo por desconocimiento por parte de la acusada del hecho de que el menor tuviese menos de trece años. Para ello invoca el resultado de la prueba pericial y de la exploración del menor, con el fin de acreditar que el Tribunal se ha equivocado en su valoración probatoria, porque la acusada conocía perfectamente la edad del menor.

Ahora bien, esta pretensión es manifiestamente inviable conforme a la doctrina constitucional anteriormente expuesta. Si la parte recurrente pretendiese impugnar la valoración jurídica del Tribunal de Instancia, por ejemplo argumentado que no concurren las condiciones legales necesarias para la apreciación de un error vencible de tipo, que la apreciación de este error vencible no tiene que conducir necesariamente a la absolución o que los hechos declarados probados, pese al error vencible de la acusada, podrían ser integradores de un delito de abuso sexual, aun cuando no tuviese encaje en los supuestos específicos de abuso de menores de trece años, el cauce casacional adecuado tendría que ser necesariamente el de la infracción de ley propiamente dicha, con absoluto respeto del relato fáctico. Pero no es factible pretender modificar los hechos probados por la vía del art 849 2º, cuestionando el relato fáctico, porque como ya hemos señalado reiteradamente, este relato no se puede modificar en casación en perjuicio del reo.

OCTAVO .- Una segunda razón refuerza la imposibilidad de la modificación del relato fáctico interesada por la parte recurrente. La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013 , entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art. 849. 2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal , es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa;
- 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la



Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Lecrim . ; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 Lecrim , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

En el caso actual, no concurren los referidos requisitos, exigibles con carácter general para que pueda prosperar un motivo casacional por el art 849

2º de la Lecrim. La parte recurrente se apoya como documentos en el resultado de la exploración del menor y de la prueba pericial.

La exploración del menor no constituye prueba documental sino de carácter personal, por lo que es manifiestamente inhábil para que pueda prosperar este motivo.

Y la prueba pericial solo puede ser hábil con carácter excepcional, cuando: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario; b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

Y en el caso presente no concurre ninguno de dichos supuestos, pues la Sala sentenciadora ni altera de forma relevante el sentido del informe pericial ni tampoco se aparta del mismo. Simplemente lo interpreta razonablemente, llegando a unas conclusiones distintas de las que alcanza la parte recurrente.

El motivo utilizado exige que de los documentos invocados se infiera automática e indubitadamente la conclusión que quiere alcanzar el impugnante.

Y en el caso actual no es así, pues lo que argumenta el recurrente es que el dictamen pericial permitiría alcanzar una conclusión diferente, no que dicha conclusión venga necesariamente impuesta por el sentido del dictamen. Es decir, el informe pericial no puede acreditar documentalmente que la acusada conociese la edad del menor. La Sala aprecia que, en la fecha de la exploración, cuando el menor acababa de cumplir los 14 años de edad, presentaba una apariencia física adolescente, con una especial corpulencia y un tono de voz que dificultaría, de no conocer sus datos personales, la precisión de su edad, no descartando situar la misma en una horquilla entre los 15 y 16 años. Y esta apreciación es acorde con el sentido del dictamen, por lo que el motivo por error de hecho carece del menor fundamento, teniendo que ser desestimado el motivo.

NOVENO .- Por lo que se refiere al delito de difusión de material pornográfico entre menores de edad nos encontramos con el mismo problema. La Sala sentenciadora considera que solo se puede valorar una de las fotografías porque las demás han sido borradas, y la Sala de instancia no dispone del material físico o referencia concreta a su contenido que le permita calificarlas como pornográficas. Y respecto de la fotografía no borrada la Sala de instancia considera que es una imagen casera y de escasa calidad que refleja una mujer semidesnuda y que conforme a los "estándares actuales" no puede ser calificada como pornográfica.

Esta valoración tampoco es cuestionada por la parte recurrente desde la perspectiva de la infracción de ley, afirmando, por ejemplo, la subsunción de la foto en el ámbito de la pornografía, en atención a las circunstancias concurrentes incluida la edad del destinatario. Por el contrario, la parte recurrente se limita a impugnar, por la única vía del error de hecho, la valoración fáctica de la fotografía cuestionada que realiza la Sala de Instancia, pretendiendo que esta Sala de casación deduzca, a través de la posición de la mano de la mujer que oculta



parcialmente la zona genital, que se trata de una fotografía que muestra un acto de masturbación. Hecho que ha sido negado tanto por la acusada como por la propia Sala sentenciadora, de un modo razonado y razonable. En definitiva, se pretende una modificación fáctica, que no resulta admisible por las razones ya expuestas.

Por último, y también por la vía del error de hecho, se interesa la modificación de la cantidad establecida como responsabilidad civil, señalada conforme al art 118 1 4º CP que declara responsables civiles a los autores de los hechos en los que concurra error, aun cuando no lo sean penalmente. Es obvio que no se aporta ningún documento fehaciente que acredite un error de hecho en este ámbito, pues la cuantificación del daño moral no constituye una cuestión fáctica que pueda modificarse a través de esta vía casacional, por lo que tampoco puede ser acogido el recurso en este aspecto.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

NOVENO .- El segundo motivo de recurso, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, denuncia el resultado de indefensión creado en la tramitación del proceso y en la valoración de la prueba. Considera que la Sala da por probada la concurrencia de un abuso sexual sobre un menor, y pese a ello dicta sentencia absolutoria, por lo que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte acusadora.

El derecho a la tutela judicial efectiva, como recuerda la STC 50/2014, de 7 de abril de 2014 , comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso.

Ello significa, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero).

En segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto ; 25/2000, de 31 de enero ; 221/2001, de 31 de octubre y 308/2006, de 23 de octubre , por todas).

En definitiva, el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, esta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero ; 13/2012, de 30 de enero , y 27/2013, de 11 de febrero , entre otras muchas).

En el caso actual, la resolución impugnada se encuentra debidamente motivada, sin que pueda apreciarse arbitrariedad. Podrá discreparse de su motivación, pero ni puede negarse que la resolución se encuentra motivada, ni tampoco que esta motivación esté fundada en derecho, y no es fruto del error patente o de la arbitrariedad. El derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el derecho a obtener una resolución favorable sino únicamente a obtener una resolución razonada y razonable. No permite, por tanto, cuestionar el fondo de la motivación, planteando a su través todo tipo de impugnaciones, como la infracción de ley, que disponen de su cauce casacional propio.

Desde el punto de vista de la valoración probatoria, la sentencia impugnada se fundamenta en una valoración racional de la prueba de exploración del menor practicada como prueba preconstituida cuando éste acababa de cumplir catorce años. Su fundamentación es racional, no ilógica o arbitraria. La Sala aprecia que, en la fecha de la exploración, cuando el menor acababa de cumplir los 14 años de edad, presentaba una apariencia física adolescente, con una especial corpulencia y un tono de voz que dificultaría, de no conocer sus datos personales, la precisión de su edad, no descartando situar la misma en una horquilla entre los 15 y 16 años. Y esta apreciación es acorde con el sentido del dictamen pericial practicado, por lo que no puede ser calificada de arbitraria, aun cuando se pueda discrepar de la misma.

Como señalan las SSTS 631/2014, de 29 de septiembre , 601/2016, de 7 de julio y 783/2016, de 20 de octubre , entre otras muchas, no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que reconfigurando este derecho fundamental, lo invierte para ponerlo al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, dándole la vuelta al utilizarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados en lugar de hacerlo en su beneficio o tutela.



Por ello la supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés.

Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en sentencias absolutorias los mismos parámetros que en las condenatorias, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable.

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado, y con él la totalidad del recurso.

DÉCIMO .- No queremos decir, con ello, que esta Sala comparta plenamente la decisión absolutoria adoptada por la Sala de Instancia al aplicar un error de hecho vencible sobre la edad del menor en un supuesto de felación de una mujer de 34 años de edad a un niño de doce, hijo de un compañero de trabajo que la había acogido en su domicilio familiar.

En supuestos similares de relación entre un varón de esa edad y circunstancias, y una niña de doce años, esta Sala ha acudido a la calificación del hecho como abuso sexual con prevalimiento sobre víctima especialmente vulnerable por razón de la edad, del art. 181 1º, 3º y 4º, en relación con el 180 3º CP, aun cuando se llegase admitir un error sobre la edad exacta de la víctima. La tutela de la indemnidad sexual de los menores que inspira nuestro ordenamiento penal en esta materia así lo aconseja, y este criterio no debería cambiar por el hecho de que la víctima sea varón y la acusada mujer, conforme al principio de igualdad establecido en el art 14 de nuestra CE.

Sin embargo, esta nueva calificación no puede ser contemplada pues ni siquiera ha sido planteada en el recurso, que como hemos señalado se limita a cuestionar el relato fáctico por la vía del art 849 2º, y su análisis de oficio por la Sala vulneraría los principios de contradicción y defensa.

En definitiva, esta Sala de casación no puede cambiar el relato fáctico en el caso enjuiciado, pues lo impide la doctrina del TEDH. No cabe, por tanto, modificar el criterio del Tribunal de Instancia que considera acreditado que la acusada desconocía la edad del menor.

Y tampoco puede aplicar otra calificación alternativa, como abuso con prevalimiento, al no haberse planteado por la parte recurrente y no haber sido sometida a debate, porque lo impiden los principios constitucionales de contradicción y defensa.

Procede, por tanto y como ya se ha expresado, la desestimación del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente, por ser preceptivas.

III. FALLO

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

Debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley que, interpuesto por la Acusación Particular **Delfina**, contra sentencia de fecha 15 de febrero de 2011, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, en causa seguida **Martina** por delitos de abuso sexual y difusión de material pornográfico. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Cándido Conde Pumpido Tourón, 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.