

Roj: **STS 69/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:69**Id Cendoj: **28079120012020100017**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/01/2020**Nº de Recurso: **2027/2018**Nº de Resolución: **671/2019**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 2027/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Penal****Sentencia núm. 671/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 15 de enero de 2020.

Esta sala ha visto los recursos de casación acumulados en el rollo nº 2027/2018 interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL** y **Luis Pedro**, representado éste por la procuradora Sra. D.<sup>a</sup> Beatriz Ayllon Caro, bajo la dirección letrada de D. Fernando Coppel Cordero contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 2018 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en causa seguida contra el acusado Luis Pedro que le condenó por delitos de exhibicionismo/ y abuso sexual continuado y se le absuelve del delito de ciberacoso sexual infantil.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 1 de DIRECCION000 instruyó Sumario con el nº 4/2016, contra Luis Pedro por delitos de exhibicionismo y abusos sexuales sobre menor. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Sexta) que con fecha 4 de mayo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<< **SE DECLARAN PROBADOS** los siguientes hechos:

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada entre el final de 2012 y el principio de 2013, Isidora, nacida el NUM000 de 2000, fue contactada a través de DIRECCION001 por Luis Pedro, nacido el NUM001 de 1986 y que se hacía llamar Arsenio, que le dirigió una solicitud de amistad. Previamente, había contactado con una amiga de Isidora, Natividad, nacida el NUM002 de 2000.



Tanto Isidora como Natividad mintieron sobre su edad al agregarse a la red social e indicaron una edad mayor de los doce años que tenían. En concreto, Natividad dijo tener catorce años. Luis Pedro dijo tener dieciocho años.

En el intercambio de mensajes a través de la red social, Natividad pidió a Luis Pedro una foto de sus órganos sexuales y le dijo que si se la enviaba le mandaría una foto de sus pechos. Luis Pedro le dijo que se la enviase primero ella y Natividad le dijo que primero él.

Luis Pedro le envió fotos de genitales a su página de la red social.

**SEGUNDO.**- A través de los mensajes cruzados entre Isidora y Luis Pedro, ambos quedaron para verse en Barcelona en varias ocasiones. En una de ellas, Isidora fue acompañada de Natividad.

Posteriormente, Isidora accedió a desplazarse a DIRECCION000, al domicilio de Luis Pedro. En una primera ocasión, tras proponerle Luis Pedro tener relaciones sexuales. Isidora se negó. En una segunda ocasión, sobre el mes de junio o julio de 2013, Isidora accedió a mantener relaciones sexuales con Luis Pedro, que consistieron en una felación y penetración vaginal con preservativo. El 23 de julio de 2013 mantuvieron una tercera y última relación consistente en penetración vaginal con preservativo.

Al menos en la segunda y tercera ocasión, Luis Pedro ya sabía que Isidora tenía 12 años, porque esta ya se lo había dicho.

**TERCERO.**- Sobre diciembre de 2013 se supo entre los alumnos del Centro Escolar en el que Isidora cursaba sus estudios de ESO, que esta había mantenido relaciones sexuales. Isidora quedó afectada, tuvo episodios de irritabilidad en el ámbito familiar y pidió un cambio de colegio.

Tras ser descubiertos los hechos por sus padres a mediados de diciembre, Isidora acabó reconociéndolos y fue castigada sin móvil y ordenador. No obstante, aprovechando el acceso a internet del que disponía la consola de juegos Nintendo, se puso en contacto con Luis Pedro, al que advirtió que podía ser denunciado y que dijera que pensaba que tenía 14 años para no ir a prisión".

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

<<FALLO.- ABSOLVEMOS a Luis Pedro del delito contra la indemnidad sexual.

**Condenamos** a Luis Pedro como responsable criminalmente en concepto de autor, de un delito de exhibicionismo sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses y un día de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y adopción de la medida de prohibición de acercamiento a una distancia inferior a mil metros a la persona de Natividad con prohibición de comunicación con ella por cualquier medio durante dos años.

**Condenamos** a Luis Pedro, como responsable criminalmente en concepto de autor, de un delito continuado de abuso sexual sobre menor, consistente en acceder por vía vaginal y bucal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 10 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y adopción de las medidas de prohibición de acercamiento a una distancia inferior a mil metros a la persona de Isidora, con prohibición de comunicación con ella por cualquier medio, durante cinco años, a cumplir tras la pena privativa de libertad. Le imponemos la medida de libertad vigilada durante 8 años, a cumplir tras la pena privativa de libertad.

**Condenamos** a Luis Pedro a indemnizar a Isidora en la cantidad de 3.000 Euros. Dicha cantidad devengará los intereses de la mora procesal, consistentes en el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, desde la fecha de la presente.

Las costas procesales se imponen al acusado, incluyendo las de la acusación particular en una tercera parte >>.

**TERCERO.**- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal y Luis Pedro, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

**Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.**

**Motivo único.**- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim por aplicación indebida del art. 183 bis CP (actual 183 ter 1 CP) en relación con los arts. 183.1 y 3, y 74 CP.

Motivos aducidos por Luis Pedro.



**Motivo primero.**- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24.2 CE (presunción de inocencia). **Motivo segundo.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim. **Motivo tercero.**- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 LECrim.

**CUARTO.**- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el condenado, impugnando todos los motivos del recurso; la representación de Luis Pedro, por su parte, impugnó el único motivo del recurso del Ministerio Fiscal. La Sala lo admitió a trámite ambos recursos quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**QUINTO.**- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 4 de diciembre de 2019. Se pasa la sentencia ya redactada por el ponente para firma de los restantes componentes de la Sala el siguiente día 20 de diciembre.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### A) Recurso del Ministerio Fiscal

**PRIMERO.**- El recurso del Ministerio Fiscal viene integrado por un único motivo cobijado en el art. 849.1º LECrim. Denuncia como infringido el art. 183 bis CP (actual art. 183 ter.1) por falta de aplicación. La sentencia excluye esa tipicidad al considerar, con apoyo en una sentencia de este Tribunal, que su relación con los abusos sexuales es de concurso de normas (progresión delictiva o consunción: art. 8 CP). El Fiscal pone de manifiesto que esa inicial doctrina jurisprudencial tuvo un punto de inflexión en el Pleno no Jurisdiccional de 8 de noviembre de 2017 de esta Sala Segunda que se decantó por afirmar por vía de principio la compatibilidad de del delito examinado (*child grooming*) con los abusos o agresión sexual posteriores.

**El motivo no puede estimarse** en tanto que en los hechos probados está ausente la vertiente subjetiva de esa infracción.

En efecto, el art. 183 bis surgido de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio establecía: *"El que a través de internet o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquier a de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos..."*.

La reforma de 2015 llevó la tipicidad al art. 183 ter y elevó la edad a dieciséis años.

Los hechos sucedieron en 2012/2013, lo que hace inaplicable tal reforma: es ley posterior desfavorable. El contacto a través de medios tecnológicos se produjo a finales de 2012 o comienzos de 2013.

En el párrafo final del apartado segundo del hecho probado se aclara que *"al menos en la segunda y tercera ocasión se está refiriendo a los encuentros personales con contacto sexual resaltados en los párrafos anteriores Luis Pedro ya sabía que Isidora tenía doce años porque esta se lo había dicho"*. Antes se expone que Isidora inicialmente dijo contar con catorce años.

El segundo contacto tuvo lugar en junio o julio de 2013. El tercero y último el 23 de octubre siguiente.

Por tanto en el momento en que se produce la comunicación primigenia a través de medios tecnológicos se admite como posibilidad real que el acusado desconociese que Isidora no había alcanzado los trece años. Eso distorsiona el encaje de la conducta en el tipo subjetivo.

El Fiscal invoca los mensajes cruzados entre Isidora y Luis Pedro que culminaron con citas en Barcelona. Luego habla del encuentro en DIRECCION000. Sobre esa base trata de extender la acción típica característica de esta infracción a todo el periodo de diez meses durante los que se prolongaron las relaciones:

*"Durante todo el tiempo que duró el ciberacoso (diez meses en el mejor de los casos) la menor se vio sometida a la influencia constante del acusado, quien manipulaba su voluntad con el objetivo último de satisfacer sus propios deseos sexuales, sirviéndose de la ventaja que le suponía hacer uso de las tecnologías de la información y la comunicación para evitar ser descubierto por el entorno más cercano de la menor.*

(....)

La extensión temporal del delito de ciberacoso sexual infantil, paralela a los cuatro episodios de abuso sexual, determina que el conocimiento que el acusado tuvo de la edad real de la menor y que el Tribunal considera probado (*"Al menos en la segunda y tercera ocasión Luis Pedro ya sabía que Isidora tenía doce años porque esta se lo había dicho"*), alcanza también al delito del artículo 183 bis del Código Penal.



Ese planteamiento, amén de desbordar la literalidad del hecho probado (que sitúa los mensajes cruzados solo en la primera fase), tampoco sería aceptable sin más. Lo que se quiere a través del art. 183 bis CP con una protección penal reforzada es levantar una primera barrera de protección de los menores: su vulnerabilidad ante las nuevas tecnologías se incrementa. Pero una vez establecido el contacto personal y superada la distancia al haberse dado el salto desde lo virtual a lo real, que a partir de entonces se contacte por un medio u otro resulta irrelevante. Solo encajan con la filosofía de esta tipicidad los casos en que, el medio tecnológico de comunicación se erige en la vía mediante la que se accede al menor y se capta su interés; no aquellos otros en que, existiendo ya conocimiento directo, el medio (teléfono, mensajería móvil, redes sociales...) solo es la herramienta para concertar citas entre quienes ya han entablado y mantienen una relación personal tradicional.

Por lo demás, tampoco el hecho probado ofrece base para pensar en un dolo eventual.

La absoluta dependencia del hecho probado que caracteriza el cauce casacional elegido por el Fiscal impide acoger su pretensión.

B) Recurso de Luis Pedro .

**SEGUNDO.-** Invoca el recurrente el derecho constitucional a la presunción de inocencia para reclamar un pronunciamiento absolutorio. Lo hace en el motivo primero rechazando tener conocimiento de la edad de la menor; y lo reitera en el segundo motivo, aunque ahora desde el reverso, la otra forma de analizar idéntica cuestión: concurriría un error ( art. 14 CP) concretado en la creencia de la edad superior de la víctima (le dijo tener catorce años).

El derecho a la presunción de inocencia según ha sido perfilado por el Tribunal Constitucional -entre otras, STC 68/2010, de 18 de octubre- aparece configurado como regla de juicio que implica la prohibición de ser condenado sin que se hayan producido pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo (Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a-), o 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a- ). La STC 16/2012, de 13 de febrero abunda en esas ideas. Sintetizando su doctrina: se vulnerará la presunción de inocencia cuando haya recaído condena: **a)** con ausencia de pruebas de cargo; **b)** con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; **c)** con la base de actividad probatoria no revestida de las debidas garantías; **d)** sin motivar la convicción probatoria; **e)** sobre la base de pruebas insuficientes; o **f)** sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente. Hay que añadir que esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos.

Pues bien, de esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aunque sin ignorar que no son compartimentos estancos sino que hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- el recurrente vertebró su queja sobre lo que considera **insuficiencia de la prueba**.

Una condena pese a la negativa del acusado es factible desde la perspectiva de la presunción de inocencia. Esto es obvio.

La concurrencia de prueba sobre esa circunstancia -conocimiento de la edad de la menor- está suasoriamente razonada en la sentencia de instancia:

"La prueba practicada acredita la comisión de este delito. Hay dos hechos fundamentales que han quedado probados y que son los que llevan a concluir que concurren los elementos objetivos del tipo. No hay duda alguna, como se ha avanzado, que la menor tenía doce años cuando mantuvo hasta cuatro relaciones sexuales con el acusado. El acusado ha admitido las tres relaciones por vía vaginal y ha negado la felación, aunque ha manifestado ignorar que Isidora tuviese doce años. No obstante, el conocimiento de la edad por el acusado debe tenerse como probado pues, como se expondrá, la versión de la menor Isidora merece credibilidad.

La declaración de Isidora cumple también y fuera de cualquier duda con los requisitos para erigirse en, prueba de cargo. En la misma hay ausencia de incredulidad subjetiva, persistencia en la incriminación y verosimilitud.

Si hay un aspecto esencial que contribuye a esa credibilidad es que, desde que los hechos fueron descubiertos, Isidora no quiso que el acusado sufriera castigo. Tan es así que manifiesta que ambos tuvieron culpa de lo sucedido. Basta leer el mensaje que le envió aprovechando que sus padres, que le habían requisado el teléfono móvil y el ordenador, le dejaban utilizar la Nintendo. En dicho mensaje le daba instrucciones para construir una versión exculpatoria ya que le recomendaba que manifestara que pensaba que tenía catorce años, edad que



en el momento de los hechos podría haber supuesto la exculpación, en caso de probarse el consentimiento de la menor..

Su declaración en el plenario, el mensaje citado o la negativa a colaborar con la exploración a través del Servicio Técnico de Asesoramiento Penal revelan ese posicionamiento contrario al castigo del acusado, por lo que su testimonio cumple con esas exigencias.

Y es en este punto en el que procede analizar la cuestión de la edad de la menor o, mejor dicho, del conocimiento de la edad de la menor por el acusado. La menor ha manifestado que se lo dijo, no sabe si la primera vez pero, en todo caso, sí lo sabía cuando mantuvieron la segunda y tercera relación sexual. Como hemos dicho, merece credibilidad la versión de la menor Isidora en los términos que se han expuesto y, además, la misma queda corroborada por otros elementos de prueba. Aparte del mensaje a través de la Nintendo, que lleva a inferir que el acusado sabía la edad real pues la menor le aconseja que la diga que pensaba que tenía catorce años, manifestación que se explica porque al, ya conocía la edad real, hay que valorar que, en la exploración que se le en el HOSPITAL000, Isidora refirió a la Doctora Eva que Luis Pedro sabía su edad (folio 124). Hay que ponderar que dicha exploración tuvo lugar en fechas más próximas a los hechos, antes de que Isidora adoptara una actitud contraria a explicarlos nuevamente, como la que observó cuando fue objeto de exploración judicial a través del Servicio Técnico Penal del Departament de Justicia.

Frente a la credibilidad que merece Isidora en los términos expuestos, no merece crédito lo declarado por el acusado. Dice el acusado que en la red social se suele mentir sobre la edad, pero esta manifestación no puede generar una duda sobre si sabía o no la edad.

Estamos ante una persona que cuando sucedieron los hechos estaba entre los veintiséis y veintisiete años y que intercambiaba mensajes con menores de edad más cercanas a la infancia que a la primera juventud; al respecto basta con examinar el informe técnico de los Mossos d'Esquadra sobre las fotos -de su móvil y, en concreto, las fotos del folio 185, en las que se observan a menores de aspecto ciertamente añado.

Además, si en la red se suele mentir con más motivo alguien con una edad en la que se le ha de presumir la madurez ha de extremar las cautelas sobre la edad de una menor antes de tener algún tipo de relación sexual con ella.

La misma valoración merece su referencia a las actitudes desinhibidas de las menores en establecimiento nocturnos. El que algunos menores tengan un despertar sexual a una edad temprana no puede justificar que quien tiene veintisiete años vea normal tener relaciones con tales menores. Hay que reiterar que el bien jurídico protegido no es tanto la libertad sexual de quien todavía no tiene edad para autodeterminarse en este ámbito sino su indemnidad sexual, como bien jurídico vinculado al adecuado desarrollo de su personalidad".

Se constata, así pues, la concurrencia de prueba sobrada: la declaración de la menor que está corroborada por otros elementos y que ha llevado a la Sala a una certeza blindada frente a cualquier duda sobre la presencia de ese elemento subjetivo del tipo.

El razonamiento por presunción de inocencia se traviste de argumentación con base en el *in dubio* al finalizar el tercero y último motivo. No solo no es la casación apta para invocar ese principio, sino que, sobre todo la Audiencia no exterioriza ninguna duda, por lo que no podía aplicar tal principio. Quedó convencida de que el acusado conocía que la menor no había alcanzado los trece años cuando mantuvo con ella las relaciones sexuales que describe la sentencia.

**TERCERO.-** Por fin, el acusado en un último motivo protesta por la denegación de una prueba; en concreto un informe sobre el alcoholismo que supuestamente padecía; un informe fechado en 2018, es decir varios años después de los hechos. Se articula el motivo por la vía del art. 850.1 LECrim.

La STS 948/2013, de 10 de diciembre aborda *in extenso* el marco que sirve de fondo para resolver el presente motivo.

La cuestión está estrechamente ligada al derecho de defensa: dentro de la panoplia de derechos que enlazan con ese genérico y poliédrico derecho ocupa un papel destacado la facultad de proponer y aportar pruebas.

*"En relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa ( art. 24.2 CE )-se expresa en la citada resolución- la doctrina del Tribunal Constitucional puede ser resumida en los siguientes términos ( STC 86/2008, de 21 de julio y STC 80/2011, de 6 de junio ):*

a) *Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada*





se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda [por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio ,].

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial ( SSTC 1/1996, de 15 de enero, y 70/2002, de 3 de abril, por todas); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida ( SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre ).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio ; 359/2006, de 18 de diciembre ; y 77/2007, de 16 de abril ).

Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia ( SSTC 37/2000, de 14 de febrero ; 19/2001, de 29 de enero ; 73/2001, de 26 de marzo ; 4/2005, de 17 de enero ; 308/2005, de 12 de diciembre ; 42/2007, de 26 de febrero y 174/2008, de 22 de diciembre ).

Asimismo, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución ( Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1.995), y también ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional , que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.

Como señala entre otras, la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012 , la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiere generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

A los efectos de esta revisión **es determinante, como señalan la STC 308/2005, de 12 de diciembre y la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012 , que la parte recurrente argumente, de modo convincente, que la resolución final del proceso "a quo" podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia, es decir que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo** ( SSTC 73/2001, de 26 de marzo , 168/2002, de 30 de septiembre y 71/2003, de 9 de abril , entre otras)".

**CUARTO.-** El motivo previsto en el art. 850.1 según la tradicional jurisprudencia de esta Sala exige en el ámbito periférico, una serie de presupuestos que condicionan su prosperabilidad: i) Que la prueba se haya



planteado tempestivamente, es decir en el momento procesal adecuado; y **ii)** que frente a la denegación se haya formulado la oportuna protesta razonando en su caso la pertinencia de la prueba y su objeto.

En este caso no está cumplido el primer presupuesto.

La prueba no fue propuesta en el escrito de conclusiones provisionales de la defensa: es ese el cauce ordinario para proponer prueba para el juicio oral en un procedimiento ordinario. Es más, tampoco se intentó nada en esa línea en el trámite del art. 627 LECrim. Desde la reforma de 2009 de la LECrim las partes pasivas del proceso han encontrado un hueco en ese trámite habilitado, entre otras cosas, para reclamar la revocación de la conclusión del sumario e instar nuevas diligencias. Se ha acogido así lo que ya era una praxis habitual desde que veinte años antes una conocida sentencia del Tribunal Constitucional decretase que el art. 627 originario (que solo preveía la intervención de las partes acusadoras en ese momento) exigía otra interpretación desde prismas constitucionales. La Audiencia Provincial atendió escrupulosamente esa prescripción legal y confirió el correspondiente traslado por diez días no solo a las acusaciones, sino también a la defensa que no evacuó petición alguna. Es más se opuso a la revocación solicitada por las acusaciones.

Fue al inicio del juicio oral cuando propuso esa prueba, bien es cierto que aprovechando la audiencia que el Tribunal abrió al comenzar el acto trasladando, en decisión correcta, al procedimiento ordinario lo previsto en el procedimiento abreviado. Es entonces cuando la defensa aportó un informe sobre esa supuesta adicción al alcohol del acusado.

Las acusaciones se opusieron a su admisión: ni durante la instrucción se había hecho la más mínima alusión a ello; ni la fecha del informe ni la naturaleza de los hechos objeto de acusación hacía intuir que del mismo pudiese resultar algo en verdad relevante.

El Tribunal, tras deliberar, rechazó la prueba con fundadas razones: del informe no resultaba nada más que la realización de una consulta médica, sin que el mismo pudiera servir para acreditar una disminución de culpabilidad en el momento en que se situaban los hechos objeto de condena.

La defensa elevó su protesta aduciendo que la dirección letrada había sido asumida por quien la ejercía en ese momento en fechas recientes y, por tanto no había tenido posibilidad de conocer antes las circunstancias.

Estas últimas consideraciones nos llevarán a convenir que también razones de fondo, y no solo la expuesta sobre su planteamiento extemporáneo, abonan la desestimación del motivo. La prueba carecía de toda capacidad para alterar el sentido de la sentencia en ningún punto.

Amén de proponerse intempestivamente, no era prueba **necesaria, ni útil**.

En casación, por otra parte, no se trata tanto de ventilar si la denegación de la prueba era la decisión más ajustada a derecho o más procedente; sino si ahora, en el momento en que se ventila este recurso, en un juicio *ex post* esa prueba se revela como **indispensable** para el debido enjuiciamiento de los hechos y si encerraba virtualidad potencial para modificar el fallo en algún punto relevante (sea esencial -culpabilidad o inocencia-, o accidental -como en este caso: apreciación de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal-).

Sentado este axioma hay que convenir que la prueba carecía de toda aptitud alguna para acreditar un padecimiento psíquico o adictivo que en relación a la infracción objeto de acusación (actividad prolongada en el tiempo y con algunas dosis de planificación y no instantánea o impulsiva) pudiese afectar al grado de culpabilidad.

En sí el informe según se deduce de la explicación de la Sala no rebatida por el recurso, no acreditaba esa adicción, mucho menos en la fecha de los hechos. Por fin, ningún otro dato abona esa idea extemporáneamente alegada (fundamento de derecho cuarto de la sentencia: "No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. No hay prueba de que los hechos se cometieran debido a una pretendida adicción al alcohol del acusado. No se ha admitido prueba al respecto pero, en todo caso, hay que indicar que esta alegación de descargo es extemporánea, no había elemento alguno en la causa que pudiese ser indicio de la misma e, incluso, de lo manifestado por Isidora resulta que Luis Pedro podía beber en alguna ocasión pero no se revela que experimentara una situación de intoxicación etílica cuando mantuvo las relaciones sexuales o una afectación por adicción al alcohol en el momento de los hechos").

**El motivo se desestima.**

**SEXTO:** Desestimándose el recurso del condenado, las costas han de ser abonadas por él; declarándose de oficio las del recurso del Fiscal también desestimado ( art. 901 LECrim).

**FALLO**



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

**1.- DESESTIMAR** el recurso interpuesto por Luis Pedro contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 2018 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en causa seguida contra el acusado y que le condenó por un delito de exhibicionismo, un delito continuado de abuso sexual

**2.- DESESTIMAR** el recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas.

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

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.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Antonio del Moral García

Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Díaz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ