



Roj: **STS 3050/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3050**

Id Cendoj: **28079120012022100716**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2022**

Nº de Recurso: **2459/2020**

Nº de Resolución: **735/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 735/2022

Fecha de sentencia: 18/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2459/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 1ª A.P. Castellón

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2459/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 735/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 18 de julio de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del **acusado DON Jose Enrique**, contra Sentencia 128/2020, de 12 de mayo de 2020 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación 6/2020) formulado frente a la Sentencia 436/19, de 3 de noviembre de 2018 (sic) del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Castellón de la Plana dictada en el Rollo de Sala PA 416/2019 dimanante del PA núm. 180/2019 del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Castellón seguido por delito de abuso sexual contra mencionado recurrente. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal, y como recurrente el acusado Don Jose Enrique representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Teresa Goñi Toledo y defendido por el Letrado Don Pedro Javier Garrido Cotanilla.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Castellón incoó PA núm. 180/2019 por delito de abuso sexual contra **Don Jose Enrique**, y una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal núm. 3 de Castellón que fecha 3 de noviembre de 2018 (sic) dictó Sentencia 436/19, cuyos **HECHOS PROBADOS** son los siguientes:

"ÚNICO.- Ha resultado probado que el acusado Jose Enrique, cuyos datos personales ya constan, y con antecedentes penales no computables en la presente causa, el día 5 de febrero de 2019 le dio un beso a Gabriela y le apretó las nalgas cuando ambos se encontraron en el edificio sito en CALLE000 bloque NUM000 de la localidad de Castellón."

El **Fallo** de mencionada resolución es el siguiente:

"ABSUELVO a Jose Enrique del DELITO DE ABUSO SEXUAL por el que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

Todo lo anterior, declarando de oficio las costas causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y de manera personal a Jose Enrique, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que podrá interponerse ante este Juzgado en el plazo de diez días a contar desde la última notificación.

Notifíquese, en su caso, la presente resolución en virtud del artículo 789.4 LECRIM a los ofendidos y perjudicados por el delito.

Líbrese testimonio de la presente resolución, el cual se unirá a los autos, remitiéndose el original al Libro de Sentencias."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución se formuló **recurso de apelación** que fue resuelto por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, que con fecha 12 de mayo de 2020 dictó Sentencia 128/20 (Rollo de apelación PA 6/2020), que respecto a los **HECHOS PROBADOS** dice que acepta y reproduce los de la Sentencia de instancia.

El **Fallo** de la Sentencia 128/20 es el siguiente:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia dictada el día 3 de noviembre de 2018 por el Juzgado de lo Penal Núm. 3 de Castellón, en los autos de Juicio de Oral Núm. 416 del año 2019, de los que este Rollo dimana, debemos revocar y REVOCAMOS TOTALMENTE la expresada resolución, y en su lugar condenamos a Jose Enrique como autor responsable de un delito de abusos sexuales, ya definido, a la pena de prisión de un año, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a menos de 500 metros de la víctima Gabriela en cualquier lugar en el que se encuentre, a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro frecuentado por ella y de comunicarse por cualquier medio con la misma por tiempo de dos años, y a que cumpla medida de libertad vigilada por un tiempo de dos años una vez extinguida la pena de prisión impuesta y sin perjuicio de las previsiones del artículo 106 CP, al pago de las costas procesales de primera instancia y a que en concepto de responsabilidad civil derivada del delito indemnice a Gabriela en la cantidad de 600 euros por los daños morales sufridos con los intereses del art. 576 LEC. Todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas devengadas en esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que, con arreglo al art. 847 b) de la LECrim. contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 LECrim.), debiendo ser preparado



previamente ante esta Audiencia Provincial dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 856 LECrim., plazo que comenzará a correr desde el día siguiente al levantamiento de la suspensión de plazos por la declaración del estado de alarma.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor y notificada esta Sentencia a las partes, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, para su conocimiento, observancia y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley por la representación legal del **acusado DON Jose Enrique** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Jose Enrique , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Motivo primero.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia de mi representado e infracción del artículo 24 de la Constitución Española por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos todo ello en consonancia con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 181 del Código Penal.

Motivo tercero.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 14 del Código Penal.

QUINTO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto interesó la inadmisión del mismo por las razones expuestas en su escrito de fecha 25 de noviembre de 2020; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 21 de abril de 2022 se señala el presente recurso para deliberación y fallo par el día 29 de junio de 2022; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Penal nº 3 de Castellón de la Plana absolvió a Jose Enrique de un delito de abuso sexual del que venía acusado, pronunciamiento que fue revocado, a instancias del Ministerio Fiscal, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, que lo condenó a la pena de un año de prisión, accesorias y la correspondiente responsabilidad civil.

Frente a dicha decisión judicial, interpone este recurso de casación, la representación procesal del referido acusado en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO .- El primer motivo se articula por la vía autorizada en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando como infringido el derecho fundamental a la presunción de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, motivo que carece de viabilidad procesal, en tanto que el nuevo formato impugnativo, inaugurado con la Ley 41/2015, solamente permite que el gravamen se encauce por el sendero establecido en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como *error iuris*, por lo que tal queja casacional no puede prosperar.

TERCERO .- El segundo motivo, aunque se adecuaba a tal exigencia procesal, y se reprocha la indebida aplicación del art. 181 CP, pero, en realidad, el recurrente lo reconduce a una cuestión probatoria: "no está debidamente acreditado en cuanto que la víctima no realizó ningún acto conclusivo", por lo que desde esta perspectiva tampoco puede ser estimada su censura casacional.

Distinto es el enfoque que lleva a cabo el recurrente en el motivo tercero de su recurso, cuando, al amparo de tal disciplina casacional, esto es, la correspondiente al número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 14 del Código Penal, como error de tipo, con base en los hechos probados de la sentencia recurrida, pero completados, a favor de reo, en la propia fundamentación jurídica de la Sentencia de primera instancia.



El Juzgado de lo Penal nº 3 de Castellón de la Plana, absolvió al acusado del delito de abuso sexual, consignando los siguientes hechos probados:

ÚNICO.- Ha resultado probado que el acusado Jose Enrique , cuyos datos personales ya constan, y con antecedentes penales no computables en la presente causa, el día 5 de febrero de 2019 le dio un beso a Gabriela y le apretó las nalgas cuando ambos se encontraron en el edificio sito en CALLE000 bloque NUM000 de la localidad de Castellón.

En la fundamentación jurídica, analizaba la juzgadora de instancia, las contradicciones que había encontrado en la versión de la denunciante, acerca del consentimiento prestado por ésta en el beso que le da el acusado en el rellano de la escalera, y el apretón en las nalgas, absolviendo al acusado como consecuencia del error de tipo que declaraba en la fundamentación jurídica de la Sentencia, sin llevarlo, ciertamente, a los hechos probados, como debió haberlo hecho, aunque tal fundamento jurídico de indudable sabor fáctico, como veremos, a favor del ahora recurrente, operará en su beneficio, pero nunca podría producir tal efecto en sentido contrario.

Esta es la fundamentación de la Juez:

"... pues tampoco queda claro que no fuera rechazado por la perjudicada, al menos en el momento en que sucedieron los hechos enjuiciados, habiendo esperado incluso la llegada de su hijo para dar aviso a la policía. Así las cosas, todo parece indicar, en suma, que existiría al menos un error vencible sobre la naturaleza del consentimiento prestado por la víctima, que ha de conducir a la absolución del acusado, toda vez que no existe tipo imprudente, y de conformidad con lo disciplinado en el art. 14 del Código Penal".

La Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, acogió el recurso de apelación del Ministerio Fiscal, y condenó al acusado como autor de un delito de abusos sexuales, imponiendo la pena de un año de prisión.

Declara para ello la Audiencia, en la fundamentación jurídica, elementos fácticos que no se encuentran recogidos en el hecho probado, como la falta de consentimiento, de la que parte el Tribunal "a quo" y de lo sorpresivo de su acción, cuando ni lo uno ni lo otro se describían en el *factum* de la Sentencia apelada. Es más, la juzgadora de instancia, lo que dejó expuesto en su sentencia es que no quedó claro si la mujer, ante tal acción de Jose Enrique , lo rechazaba, o no.

El motivo debe ser, en consecuencia, estimado.

El Juzgado de lo Penal absolvió al ahora recurrente entendiendo que concurría error de tipo en su actuación, considerando que no pudo apreciar si la mujer consentía el beso que le daba el acusado, de modo que, al menos, de forma vencible, razonó el Juzgado de fallo, que concurría tal error de tipo, que conduce en un delito como el enjuiciado directamente a la absolución, al no existir el correspondiente tipo imprudente.

Esta apreciación es de naturaleza fáctica, pues se refiere a datos de la acción que rodeó este episodio, y referidos particularmente de la falta de consentimiento, que debe abarcar el dolo del autor, y en este caso, al reforzar esta apreciación la juzgadora de primera instancia, no pudo ser sustituida por la Audiencia, y menos al no constar la falta de consentimiento en el *factum* en la sentencia apelada.

Por tanto, tal apreciación probatoria, en la fundamentación jurídica, le debe favorecer, por ser un elemento de hecho a favor de reo.

Nuestra STS 122/2022, de 11 de febrero, ha declarado que, si bien no cabe la posibilidad de integrar los déficits del *factum* con datos incorporados en la fundamentación jurídica de la sentencia, sí puede realizarse esa operación cuando se hace en beneficio del reo.

En efecto, con la STS 495/2015 de 29 de junio y las que en ella se citan, declaramos que en el relato de hechos probados de la sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que sean relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluidos los de carácter subjetivo. Aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, hemos admitido que los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones fácticas que complementen el hecho probado.

De tal manera que debemos estimar el error de tipo que apreció el Juzgado de lo Penal y que se pide nuevamente ahora, entendiendo que es un pasaje fáctico favorable al reo, que se encuentra inserto en la fundamentación jurídica.

CUARTO .- Procediendo la estimación del recuso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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



1º.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del **acusado DON Jose Enrique** , contra Sentencia 128/2020, de 12 de mayo de 2020 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón.

2º.- DECLARAR de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por el recurso.

3º.- CASAR y ANULAR en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2459/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 18 de julio de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del **acusado DON Jose Enrique (cuyos datos identificativos constan en la causa)**, contra Sentencia 128/2020, de 12 de mayo de 2020 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación 6/2020) formulado frente a la Sentencia 436/19, de 3 de noviembre de 2018 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Castellón de la Plana. Sentencia que fue recurrida en casación y que ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de absolver al acusado Jose Enrique del acusado delito de abuso sexual.

FALLO



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

Que debemos **rehabilitar la Sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Castellón de la Plana**, en sus propios términos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ