

Tribunal Supremo

**TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 949/2021 de 2 diciembre
JUR\2021\396057**

ABUSO SEXUAL MENOR: consentimiento. Se descarta la aplicación del art. 183 quater del CP a la vista de la diferencia de edad entre el acusado y la víctima. Se estima, sin embargo, el recurso por vulneración del derecho a la presunción de inocencia acerca de la falta de sostén probatorio de la que deriva la inferencia que lleva a la Audiencia Provincial a concluir que la menor no había cumplido los 13 años cuando se iniciaron los contactos sexuales. En el informe clínico forense, el facultativo suspende el examen al constatar la ausencia de cualquier afectación psicológica de la menor que, desde el primer momento, le indica que su verdadera edad cuando empezaron los hechos era ya de 13 años, pero que su madre le obliga a mentir sobre ese dato. Con posterioridad, la madre aporta documentos de la República de Mali que indican que cumplió 13 años a los pocos meses de iniciarse los contactos. A mi juicio, la Audiencia no motiva ni valora adecuadamente el poderoso significado exoneratorio de las manifestaciones de la menor

ECLI:ECLI:ES:TS:2021:4615

Jurisdicción:Penal

Recurso de Casación 10292/2021

Ponente:Excmo Sr. Manuel Marchena Gómez

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 949/2021

Fecha de sentencia: 02/12/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10292/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/12/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial de Toledo, Sección Segundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10292/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 949/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 2 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma, e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Jose Augusto, contra la [sentencia \(PROV 2021, 134499\)](#) dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2^a de fecha 22 de febrero de 2021, en el Rollo de Sala nº 6/2015, que le condenó por un delito de **abuso sexual a menor**, 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 del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la procuradora D^a María Teresa Aranda Vides, bajo la dirección letrada de D. Javier de Ramos Gimeno.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El Juzgado de instrucción nº 2 de DIRECCION000 instruyó sumario nº 1/2015 contra D. Jose Augusto y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Toledo, Sección Segunda, que con fecha 22 de febrero de 2021 dictó [sentencia \(PROV 2021, 134499\)](#) que contiene los siguientes Hechos Probados: "RESULTANDO PROBADO y así se declara, que en fechas no determinadas del verano y otoño de 2012, Jose Augusto, de 47 años de edad, natural de la República de Mali, y con residencia en España, con domicilio en DIRECCION001 (Toledo), soldador de profesión, sin antecedentes penales y en prisión provisional por esta causa desde el 2 de Septiembre de 2020, mantuvo en diversas ocasiones a lo largo del dicho verano y otoño de 2012, relaciones sexuales con Marina, nacida el NUM000 de 1989 en la República de Mali, y residente en España desde 2003, con domicilio en DIRECCION001 (Toledo), sin emplear para ello violencia, intimidación, fuerza o amenaza, relaciones que consistieron en TOCAMIENTOS con ánimo libidinoso, en zonas erógenas de Marina, metiéndole la mano por debajo de la ropa y tocándole los pechos y la zona genital sin penetración de miembros u objetos por vía vaginal o anal, y hechos que continuaron reiterándose muchas veces hasta el 4 de Enero de 2014 fecha en la que la madre de Marina, Rita tuvo conocimiento de la situación por un tío carnal de la menor que los conoció accidentalmente a través de un vecino de la casa y se lo contó a Rita, la cual presentó denuncia por los hechos a 10 de Enero de 2014 ante la guardia Civil de DIRECCION000.

Jose Augusto no preguntó nunca la edad a Marina, ni esta se la dijo en ningún momento." (sic)

SEGUNDO.-

La Audiencia Provincial de Toledo, Sección Segunda, dictó [sentencia nº 20/2021 \(PROV 2021, 134499\)](#) con el tenor literal siguiente: " FALLAMOS: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Jose Augusto como autor criminalmente responsable de un DELITO DE ABUSO SEXUAL a menores de 13 años, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de CUATRO AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN con la asesoría de INHABILITACIÓN ESPECIAL para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y a la pena de PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A LA VÍCTIMA Marina a menos de 300 m y de COMUNICACIÓN con ella por cualquier medio durante el plazo de CINCO AÑOS, así como a indemnizar a Marina en la cantidad de 2000 euros que devengará a partir de la fecha de la sentencia el interés legal del [art. 576 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), CONDENÁNDOLE AL

PAGO DE LAS COSTAS DEL JUICIO INCLUIDAS LAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.

Pronúciase esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en el plazo de diez días desde la última notificación." (sic)

TERCERO.-

En fecha 12 de marzo de 2021, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo, dictó AUTO de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "SE RECTIFICA [sentencia no 20/2021 de fecha 22 de febrero de 2021 \(PROV 2021, 134499\)](#) en la que se condena a Jose Augusto en sentido:

Donde dice: representado por la procuradora Da Sagrario Domínguez Alba y defendido por la letrada Sra. Pilar Modrego Navarro.

Debe decir: representado por la procuradora Belén Basaran Conde y defendido por el letrado Javier Jesús de Ramos Gimeno." (sic)

CUARTO.-

Notificada la [sentencia \(PROV 2021, 134499\)](#) a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma, e infracción de precepto constitucional por la representación del acusado D. Jose Augusto, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.-

El recurso interpuesto por la representación del acusado, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del art. 852 de la [LECrím \(LEG 1882, 16\)](#) , [art. 5.4](#) de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) , [art 24.2](#) y [art. 183.1](#) del [C.P. \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#)

Segundo.- Con base en el [art. 849.1](#) de la LECrím y art. 183.1 del C. P.

SEXTO.-

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 15 de julio de 2021, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del

recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.-

Por providencia de esta Sala de fecha 10 de noviembre de 2021 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 1 de diciembre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.-

La [sentencia dictada con fecha 22 de febrero de 2021 \(PROV 2021, 134499\)](#) por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Toledo condenó al acusado Jose Augusto como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual a menores de 13 años, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de 4 años y 1 día de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y a la pena de prohibición de aproximación a la víctima, Marina, a menos de 300 metros y de comunicación con ella por cualquier medio durante el plazo de 5 años.

Contra esta [sentencia \(PROV 2021, 134499\)](#) se interpone recurso de casación por la representación legal del condenado. Se formalizan dos motivos.

El primero de ellos, al amparo de los [arts. 5.4](#) de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) y 852 de la [LECrim \(LEG 1882, 16\)](#), denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, reconocidos en el [art. 24.2](#) de la [CE \(RCL 1978, 2836\)](#). El segundo de los motivos, con la cobertura del [art. 849.1](#) de la LECrim, alega la indebida aplicación del [art. 183.1](#) del [CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#).

La Sala ya anticipa que la estimación del primero de los motivos hará innecesario el examen del segundo, en el que se denuncia error en la tipicidad de los hechos declarados probados y que, pese a ese enunciado, reitera la falta de sostén probatorio de los hechos.

2.-

La vulneración del derecho a la presunción de inocencia que ampara a Jose Augusto se habría producido, a juicio de la defensa, por la ausencia de una verdadera prueba incriminatoria, más allá del testimonio de Marina, que incurrió en numerosas contradicciones acerca de elemento fácticos que han sido determinantes de la tipicidad de los hechos declarados probados.

El desarrollo argumental del motivo incluye un recorrido por las distintas

declaraciones prestadas por la víctima a lo largo de la fase de investigación y durante el plenario, que pondrían de manifiesto -se aduce- sus llamativas contradicciones. Algunas de éstas se refieren a los términos en que se desarrollaron los actos de abusos, a la actitud del acusado respecto de ella, al conocimiento previo y relación con la familia de pertenencia, a la ausencia de cualquier impacto psíquico derivado de los hechos protagonizados por Marina y, de modo especial, a la falta de claridad a la hora de concluir la edad de la menor. De hecho, la defensa subraya la relevancia del testimonio del psicólogo forense, que llegó a suspender el reconocimiento a la vista de las manifestaciones de la propia Marina acerca de su edad.

1.- Nuestro análisis se va a centrar de modo preferente en la prueba acerca de la edad cronológica de la menor en el momento en que ocurrieron los hechos. Este extremo representa un presupuesto sine qua non para que la tipicidad proclamada en la instancia no se desmorone por falta de uno de los elementos definitorios del tipo objetivo.

Para concluir la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la Sala no va a cuestionar -claro es- la existencia de las relaciones sexuales que se hacen explícitas en el factum, tampoco su contexto espacio-temporal. El problema se suscita a la hora de dar por probado que Marina, en el momento en que mantuvo relaciones sexuales con el acusado, no había cumplido los 13 años.

En efecto, la fecha en que sitúan los contactos de inequívoco carácter sexual determina la aplicación de la previgente redacción del [art. 183.1 del CP \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) que, con anterioridad a la reforma operada por la [LO 1/2015, 30 de marzo \(RCL 2015, 439, 868\)](#), castigaba a quien realice "...actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años". Como es sabido, la citada reforma subió el umbral de protección del menor, negando la capacidad de consentir hasta los 16 años, reforma que entró en vigor el 1 de julio de 2015, cuando los actos imputados en la presente causa habían ya concluido.

Esta reforma penal, cuya trascendencia a la hora de dibujar la porción de injusto definida por el [art. 183.1](#) del CP es inocultable, ha traído consigo importantes dificultades a la hora de hacer efectiva su aplicación. Es obvio que el legislador de 2015 no quiso criminalizar todas las relaciones de contenido sexual que pudiera mantener, con pleno y consciente asentimiento, cualquier menor entre los 13 y los 16 años de edad. De hacerlo así, la nueva ley habría dado la espalda a una realidad estadística que muestra que la aceptación de una práctica sexual en esa franja de edad, en no pocos casos, es fruto de una decisión consciente y voluntaria del propio menor. Precisamente para evitar el efecto de una criminalización indiferenciada de esa clase de relaciones, el legislador situó fuera de los márgenes del tipo aquellos

contactos amparados por el art. 183 quater del CP . El problema, sin embargo, no ha quedado resuelto de forma satisfactoria. En este precepto se señala que "el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo y madurez".

La indeterminación de la fórmula exoneratoria es evidente. De un lado, porque, sorprendentemente, parece abarcar en su literalidad cualquier relación mantenida con un menor de 16 años, sea cual fuere su edad. La reforma operada por la [LO 8/2021, 4 de junio \(RCL 2021, 1085\)](#), de protección Integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha descartado este sinsentido y excluye la validez del consentimiento cuando se trate de alguno de los delitos previstos en el [art. 183.2](#) del CP. Contribuye también a la ambigüedad -y sigue intacta pese a la reciente reforma de 2021- la utilización de expresiones como proximidad, desarrollo y madurez, que hacen previsible la dispersión interpretativa. De hecho, así fue puesto de manifiesto en los informes y debates que acompañaron a los trabajos prelegislativos de la reforma.

Por si fuera poco, el art. 183 quater obliga a los Jueces y Tribunales a un ejercicio valorativo del grado de desarrollo y madurez del menor que no siempre resulta bien entendido. Es comprensible que la sensibilidad social por la protección de la indemnidad sexual de la infancia genere reacciones frente a decisiones jurisdiccionales que, sin ser leídas en su integridad, son presentadas como alentadoras de la impunidad de cualquier contacto sexual de un adolescente que ya ha cumplido 13 años con un mayor de edad. Sin embargo, esta Sala ha desarrollado un marco de doctrina jurisprudencial encaminado a buscar ese delicado punto de equilibrio entre la protección integral del menor de edad frente a cualquier abuso y el reconocimiento de su capacidad de determinación en la esfera sexual, siempre que su grado de desarrollo y madurez y, sobre todo, las circunstancias personales del autor permitan concluir que el contacto sexual estuvo despojado de cualquier significación delictiva.

En el presente caso, la diferencia de edad entre el acusado y la víctima ha de ser valorada en términos diferentes, pues en el momento en el que sucedieron los hechos no resultaba aplicable la reforma de 2015 y la franja cronológica de los 13 años operaba con un efecto excluyente de la tipicidad. Dicho con otras palabras, acreditado el hecho de que el menor había ya alcanzado esa edad, su consentimiento libre y espontáneo, ajeno a cualquier acto abusivo, legitimaba su participación en actos de inequívoco contenido sexual.

2.- La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en relación

con el alcance del art. 183 quater. En la [STS 478/2019, 14 de octubre \(RJ 2019, 4333\)](#), nos referíamos al deseo legislativo de "...destipificar conductas en las que la edad del sujeto activo se aproxime a la del menor de edad, por cuanto entonces habría una madurez similar en ambos. El propio artículo 183 quater atiende tanto a la edad como al grado de desarrollo o madurez. Y se justificó la adición señalando (...) en línea con el Informe del Consejo de Estado, así como el Consejo Fiscal, al ser aplicable el artículo 183 a conductas ejecutadas por menores de 18 años, sería conveniente incluir 'la asimetría de edades' cuando los actos sexuales son realizados por menores". Con cita de este mismo precedente, la [STS 699/2020, 16 de diciembre \(RJ 2020, 5014\)](#), recordaba que "...la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez".

La eficacia del consentimiento del menor de edad que acepta la práctica de actos de significación sexual, fue subrayada por la [STS 294/2021, 8 de abril \(RJ 2021, 1852\)](#): "...partiéndose de que el consentimiento de la menor (de 13 o 16 años) resulta a todos los efectos inválido para justificar la conducta del adulto con quien mantiene relaciones de naturaleza sexual, por vía de excepción se recobra la virtualidad de ese consentimiento para aquellos supuestos en los cuales, por tratarse el autor de una persona próxima en edad y grado de desarrollo o madurez a su víctima, el contexto relacional en el que las conductas se producen aconseja excluirlas de la represión penal".

Pese a que no existía una previsión específica en tal sentido, como acontece ahora a raíz de la nueva redacción del art. 183 quater por la [LO 8/2021, 4 de junio \(RCL 2021, 1085\)](#), la jurisprudencia ya había descartado su aplicación "... cuando entre el acusado y la menor ha habido violencia (...) lo que ya de por sí es suficiente para no aplicar dicho precepto" ([STS 694/2021, 15 de septiembre \(RJ 2021, 4072\)](#) y [ATS 419/2021, 13 de mayo \(PROV 2021, 191489\)](#)).

La [STS 700/2020, 16 de diciembre \(RJ 2020, 5017\)](#), ha etiquetado el art. 183 quater como "... una causa de exención de la responsabilidad, cuya naturaleza se aproxima a una causa de exclusión de la tipicidad (...). En todo caso, se trata de una cláusula para cuya aplicación en la relación sexual de un mayor de edad con un menor de 16 años precisa que la edad del mayor sea próxima a la del menor, y que, también, ambos sean próximos en madurez; son, pues, dos requisitos cumulativos, que, de no concurrir ambos, descartan de raíz la aplicación de dicha cláusula de exención de responsabilidad penal.

No ha optado nuestro legislador por un criterio cronológico puro, sino que lo ha

combinado con la relación de proximidad entre la edad del mayor y el menor, y en la simetría de madurez entre ambos, y ello porque estos son factores no sujetos a reglas fijas, lo que no significa que no podamos encontrarnos casos claros en que ni uno ni otro, o bien que uno u otro, se presenten sin duda, porque, si esto es así, cae por su base la aplicación de la referida cláusula de exoneración.

En este sentido la referida [Circular de la Fiscalía 1/2017 \(ARP 2017, 745\)](#), en el apartado que dedica al grado de desarrollo o madurez, dice lo siguiente: 'como se ha expuesto, nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurren entre autor y víctima "'

Se han ocupado también de interpretar los límites del art. 183 quater, entre otras, las [SSTS 659/2020, 3 de diciembre \(RJ 2020, 5632\)](#) y [1001/2016, 18 de enero de 2017 \(RJ 2017, 54\)](#).

3.- Pues bien, nuestra aproximación al objeto del presente recurso no puede centrarse en discernir si el hecho que se declara probado se sitúa extramuros de la tipicidad definida por el [art. 183.1](#) del CP, por aplicación de lo previsto en el art. 183 quater del CP. La diferencia de edad entre el acusado y Marina lo hace imposible. No es esa la finalidad que llevó al legislador a introducir un precepto como el que cierra el capítulo II bis del título VIII del libro II del CP.

En línea con los términos en que ha sido formalizado el recurso de la defensa, atenderemos preferentemente a la reivindicada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en lo que tiene de queja por la falta de soporte probatorio de la edad de Marina en el momento en que se iniciaron los primeros encuentros de contenido sexual.

En este objetivo, la Sala no puede prescindir del principal pasaje de la [sentencia \(PROV 2021, 134499\)](#) de instancia en la que se valora el testimonio de la víctima, que llegó a prestar declaración en cinco ocasiones distintas. Su transcripción literal resulta especialmente aconsejable; "... la primera exploración ante la Guardia Civil a la presentación de la denuncia (10-1-2014) cuando Marina tenía 14 años, en la cual dijo que "aproximadamente en el verano de 2012, Jose Augusto la vio por la calle, le pidió que le siguiera y la llevo a una casa enfrente de la que ocupaba Jose Augusto, donde sin violencia, sin intimidación, sin fuerza ni amenaza, comenzó a tocarle las partes bajas por dentro de la ropa, tocándole los pechos e introduciéndole los dedos en la

vagina y/o, en las partes bajas y literalmente ella le hizo una paja llegando él a eyacular. Hechos que se repitieron a lo largo del verano 2012 y otoño 2012.

La segunda vez, el 25 de Junio de 2014, cuando tenía Marina 14 años, esta declaración la hizo ante el Médico Psicólogo Forense, a quien le dijo en que en 2012 (verano) ella tenía 13 años cumplidos porque había nacido en 1998. Ante lo cual el Psicólogo Forense, quien dadas las respuestas que Marina ofrecía a sus preguntas y deduciendo de las mismas que la examinada había consentido voluntariamente a las relaciones sexuales con Jose Augusto, suspendió el examen psicológico hasta que se aclarara su verdadera edad, no emitiendo dictamen, pero recogiendo la causa de la interrupción de la diligencia ordenada por el Juez Instructor.

La tercera vez el 18 de diciembre de 2014, esto es, cuando Marina contaba con 15 años de edad, y también ante el Médico Forense Psicólogo, que, a la vista de la documentación aportada por la madre de Marina (partida de nacimiento y permiso de viaje a España de la niña Marina) reinició el examen forense ateniéndose a lo que los documentos acreditaban en principio, que Marina había nacido el NUM000-1999 y por tanto tenía 12 años en verano 2012.

En esta ocasión, al Médico Forense le llevo a decir que los documentos presentados por su madre estaban equivocados respecto a la fecha de su nacimiento, que eran falsos vamos, porque ella nació en 1998".

Pero, a partir de esta manifestación que luego corrigió en la exploración judicial, la que seguidamente nos referiremos diciendo que se equivocó al decirle al Psicólogo forense que había nacido en 1998), si le hizo otra manifestación de interés para el Tribunal, consistente en que "negó que en sus encuentros sexuales con Jose Augusto, hubiera habido penetraciones con los dedos en la vagina, desdiciéndose de lo que había dicho en la denuncia, hasta el punto que el psicólogo informa que, "no puede llegar a la una conclusión valida sobre el hecho que había habido introducción de dedos en la vagina por parte de Jose Augusto, independientemente de que los encuentros sexuales fueran ciertos, pudiendo ser la manifestación de Marina fruto de una deliberada ocultación de lo anteriormente declarado, o, ser lo anteriormente declarado expresión de la insistencia materna. La conclusión forense es que "siendo verosímil el testimonio de Marina, en ese punto concreto de introducción o no introducción de dedos en la vagina, el psicólogo forense no logra dilucidar la verdad. "El Psicólogo forense reiteró en el acto del juicio que Marina le dijo que Jose Augusto "no le había introducido nada".

La cuarta vez que declara Marina es en la exploración judicial practicada a 18-2-2015, esto es, cuando tenía 15 años como en la anterior. En ella, Marina se

mostró muy poco expresiva, refiriéndose a lo que el Magistrado le pregunta sobre puntos concretos necesarios para la calificación del hecho, y poco colaboradora manifiesta que ella masturbaba a Jose Augusto le tocaba por dentro del pantalón y la vagina pero no recuerda si le tocaba el pecho (como había dicho que sí en la denuncia) y que la primera vez no le dio Jose Augusto dinero (había dicho que sí en la denuncia). Ratifica que los hechos ocurrieron en verano 2012 y que sucedieron varias veces desde esas fechas hasta enero 2014. Y que Jose Augusto nunca le preguntó por su edad.

Por último en el acto del Juicio 9-2-2021 cuando Marina tiene 21 años, donde testificó que la primera vez fue en un edificio frente a la casa de Jose Augusto, donde comenzó a tocarle las partes íntimas y le metió los dedos y ella le tocó el pene llegando él a eyacular y que no recordaba lo que declaró en 2015, pero que los hechos comenzaron en 2012 en Verano y se repitieron varias veces hasta Enero 2014".

4.- A la vista de estas manifestaciones, la Audiencia Provincial ha descartado tener como acreditada la introducción de dedos en la vagina de Marina. Sin embargo, no cuestiona que la menor podía haber alcanzado el umbral cronológico para consentir -13 años-, pese a que en las afirmaciones que se glosan en la [sentencia \(PROV 2021, 134499\)](#) y que hemos transcrito en su literalidad, no son coincidentes en extremos de especial importancia para el juicio de tipicidad.

En efecto, en la primera comparecencia ante dependencias de la Guardia Civil y que sirve de apertura a la presente causa, Marina situó el desarrollo de los hechos "...aproximadamente en el verano de 2012". Pero más allá de la indeterminación de esa referencia cronológica, los términos del informe emitido por el médico forense, a partir del examen de la menor, desarrollado el 25 de junio de 2014, intensifican la duda acerca de la verdadera edad de la menor.

La Sala ha hecho uso de la facultad que le concede el párrafo 2º del [art. 899](#) de la [LECrim \(LEG 1882, 16\)](#) y ha examinado -a los exclusivos efectos de ponderar el alcance y exhaustividad de la valoración de la prueba de descargo por parte de la Audiencia- el informe psicológico del que se hace eco la [sentencia \(PROV 2021, 134499\)](#) de instancia y que consta al folio 68 bis de la causa. A la vista de su lectura, no podemos sino concluir la ausencia de una motivación reforzada que atienda, para su aceptación o rechazo, al relevante valor probatorio de ese documento, cuya realidad y contenido fue sometido al principio de contradicción durante la práctica de la prueba en el plenario.

También ahora su transcripción literal resulta obligada

Según hace constar el facultativo de la clínica forense del Instituto de Medicina Legal de Toledo, Marina "...informa que no ha nacido en 1999 como indican sus documentos españoles, sino que nació en DIRECCION002-Mali (África) en 1998. Cuando contaba ya 3 o 4 años de edad, en 2002 llegó a España para reagruparse con su padre, donde ha estado escolarizada y reside desde entonces. En 2003 falleció el padre de la menor en accidente de circulación. A nuestro interés, Marina se queja que su madre doña Rita la insiste en que siga diciendo que tiene 14 años de edad como dice su documentación, cuando en realidad ambas saben que cumplirá 16 años el NUM000 de 2014, y que por lo tanto tenía 13 años en el verano de 2012 en que supuestamente mantuvo relaciones sexuales íntimas con un adulto de etnia Bámbara (como ella) en la localidad de DIRECCION001"

A partir de esa información, el facultativo que suscribe el dictamen concluye lo siguiente: "...teniendo en cuenta que la edad de consentimiento legal está situada en los 13 años de edad en España, que la menor no ejemplifica amenazas, que según afirma acudiría a la llamada del varón adulto en sucesivas ocasiones a sabiendas de los actos íntimos que se desarrollarían entre ellos, que incluso aquí refiere que en otra ocasión ella fue libremente al domicilio de aquél y que no habiendo allí nadie ella entró en la habitación de aquél y le pidió le masturbase y ella se negó y no pasó nada ... y sabiendo que el asunto fue descubierto por un vecino que advirtió a su tío paterno Tioba que lo reveló a la madre, como que la menor no se lo contaba a ésa y hubo de intervenir telefónicamente ese 'tutor' para que dijera qué pasaba y se le siguió un gran disgusto materno por la ocultación, lo que pericialmente se asocia a una tipología concreta de denuncias influidas por los progenitores al descubrir las relaciones sexuales consentidas de sus hijos ... este perito considera necesario reclamar previamente la certeza documental de que la menor Marina tiene su certificado de nacimiento de Mali de la fecha que dice su madre de 1999 y no de 1998 como ella afirma".

El órgano de instancia neutraliza esa afirmación, de tanta trascendencia para dar por probada la edad de la menor y, por tanto, para hacer posible el juicio de subsunción, indicando que Marina "luego corrigió" esa manifestación acerca de su verdadera edad y que "... Jose Augusto nunca le preguntó por su edad". Y centra la tipicidad de los hechos en el período que abarca entre el verano de 2012 y el NUM000 de 2012, fecha en la que Marina cumplió los 13 años.

Sin embargo, esta Sala no puede avalar la valoración probatoria suscrita por la Audiencia Provincial, en la medida en que desplaza el discurso referido a las bases probatorias que le han permitido excluir cualquier duda sobre la edad de la menor y centra su argumentación en el rechazo de la extemporánea alegación por el acusado

de un error de tipo -que excluiría la responsabilidad penal por inexistencia de dolo- o un error de prohibición acerca de la significación antijurídica del hecho, por razones ligadas a las coordenadas culturales que definen la convivencia en el país de origen de la víctima y el acusado. El problema no es qué representación llegó a tener el acusado de la edad de Marina, tampoco qué conclusión sugería su aspecto físico, sino la verdadera edad de aquella que, de haber alcanzado los 13 años, excluiría el carácter penal de su relación.

Conforme a reiterada doctrina de esta Sala, a efectos de valorar la hipotética vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no nos basta con constatar si el Tribunal de instancia dudó sobre la edad de Marina, sino si debió haber dudado sobre un elemento determinante de la tipicidad, sobre todo, a la vista de una prueba de descargo de tanta potencia exoneratoria como el informe médico de la Clínica Forense en el que se hace constar por la propia víctima que es su madre la que la invita a mentir sobre su verdadera edad.

5.- Esta Sala, desde luego, al estimar el presente recurso no está verificando una nueva valoración probatoria de declaraciones que no ha presenciado. No optamos por otorgar credibilidad a aquellos testigos a los que el órgano de instancia se la ha negado. Nos limitamos simplemente a apreciar una insuficiencia probatoria y un discurso valorativo que no podemos avalar. Nos ceñimos a nuestra función casacional que nos lleva a examinar, no si los integrantes del Tribunal a quo dudaron en el momento de valorar la autoría de los hechos imputados, sino si debieron dudar.

La garantía de presunción de inocencia -decíamos en las [SSTS 467/2020, 21 de septiembre \(RJ 2020, 5182\)](#); [293/2020, 10 de junio \(RJ 2020, 1641\)](#); [290/2016, 7 de abril \(RJ 2016, 1223\)](#), con cita textual de la [STS 103/2016, 18 de febrero \(RJ 2016, 601\)](#) -, a activar cuando ya se supera positivamente la cuestión de la validez de los medios de prueba, producidos en juicio oral bajo principios de publicidad y contradicción, exige que el Tribunal que condena haya alcanzado certeza sobre los hechos que se imputan al acusado como fundamento de su condena.

Como condición de tal certeza ha de exigirse su objetividad. No se trata pues de examinar si el Tribunal subjetivamente dudó o no. Lo que importa es si debería haberlo hecho. La objetividad, que implica un criterio más reforzado que la pura estimación en conciencia o íntima convicción, a la que se referían las leyes procesales preconstitucionales, se caracteriza por la naturaleza de la relación entre dos elementos.

Esa relación de implicación, entre lo reportado por el medio de prueba y la convicción inferida, ha de justificarse siguiendo cánones de corrección argumental,

aportados por la lógica o la experiencia, más allá de la mera "impresión" producida por aquellos medios probatorios en el juzgador, de tal suerte que merezca obtener la adhesión de los demás, persuadidos por los motivos expuestos por quien decide.

En la imputación jurisdiccional de un hecho criminal no valen, desde luego, las intuiciones valorativas ni la proclamación de presentimientos percibidos como reales. Lo contrario supondría alejar el proceso penal y, de modo especial, las técnicas de valoración probatoria, de su verdadero fundamento racional. En definitiva, la afirmación del juicio de autoría no puede hacerse depender de una persuasión interior, de una convicción marcadamente subjetiva y, como tal, ajena al contenido objetivo de las pruebas. Esta Sala, en fin, sólo puede avalar un modelo racional de conocimiento y valoración probatoria en el que no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria desplegada por las partes (cfr., entre otras muchas, [SSTS 293/2020, 10 de junio \(RJ 2020, 1641\)](#) ; [24/2015, 21 de enero \(RJ 2015, 226\)](#) ; [444/2011, 4 de mayo \(RJ 2011, 5730\)](#) ; [249/2008, 11\[sic\] de mayo \(RJ 2008, 4387\)](#) ; [905/2013, 3 de diciembre \(RJ 2013, 8017\)](#) y [231/2008, 28 de abril \(RJ 2008, 3577\)](#)).

Por cuanto antecede, procede la estimación del motivo y consiguiente dictado de una sentencia absolutoria.

3.-

Conforme al [art. 901](#) de la [LECrim \(LEG 1882, 16\)](#) , procede la declaración de oficio de las costas procesales

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) , esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de **D. Jose Augusto** , contra la [sentencia de fecha 22 de febrero de 2021 \(PROV 2021, 134499\)](#) , dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Toledo, en causa seguida contra el mismo por un delito de abuso sexual, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la e insértese

en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García D. Pablo Llarena Conde

RECURSO CASACION (P) núm.: 10292/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 2 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 10292/2021, contra la [sentencia \(PROV 2021, 134499\)](#) dictada por la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Toledo, en el Rollo nº 6/15, dimanante del procedimiento sumario núm. 1/15, tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de DIRECCION000, de fecha 22 de febrero de 2021, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.-

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la [sentencia \(PROV 2021, 134499\)](#) recurrida

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.-

Por las razones expuestas en el FJ 2º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del primero de los motivos entablados, declarando que la proclamación como hecho probado de que Marina era mayor de edad en la fecha de comisión de los hechos es contraria al contenido constitucional del derecho a la presunción de inocencia, en la medida en que carece del adecuado sostén probatorio, sin que el Tribunal de instancia haya valorado adecuadamente la prueba de descargo.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#), esta sala ha decidido

Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a D. Jose Augusto del delito por el que venía siendo acusado. Se dejan sin efecto las penas de prisión y accesorias impuestas por el tribunal de instancia. Se mantiene el resto de los pronunciamientos en lo que no se oponga a la presente.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª.

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.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Antonio del Moral García

Dª. Ana María Ferrer García D. Pablo Llarena Conde