

RECURSO CASACION núm.: 3837/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 291/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de marzo de 2024.

Esta Sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley número 3837/2022, interpuestos por **D.^a. Antonia**, representada por la Procuradora D.^a. María Concepción Delgado Azqueta, bajo la dirección letrada de D.^a. Carmen Lara Pietro Mori, y **D. Sergio** representado por el procurador D. José Fernando Lozano Moreno, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Frías Ortigosa contra la sentencia n.º 96/2022 de fecha 10 de marzo de 2022 dictada por la

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 493/2021 de fecha 11 de octubre de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta en el PA 70/2019, procedente del Juzgado de Instrucción num. 6 de Madrid.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida la **Comunidad de Madrid** representada por la Letrada de la Comunidad de Madrid.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid incoó procedimiento abreviado núm. 1128/2017 por delito de abuso sexual a un menor de edad, contra Sergio y Antonia Antonia unacluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección sexta, (P.A. núm. 70/2019 dictó Sentencia en fecha 11 de octubre de 2021 que contiene los siguientes hechos probados:

«PRIMERO.- En la tarde del día 3 de mayo de 2017, los acusados SERGIO y ANTONIA, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, acudieron al Hogar de Acogida de la Fundación Anar sito en la calle Villaviciosa, nº 5, de la ciudad de Madrid, para visita a su hija MARÍA., de doce años de edad en tal fecha, y con una discapacidad intelectual ligera, cuya tutela había sido asumida por la Comunidad de Madrid. Cuando los dos acusados se encontraban con la menor en el jardín del citado Hogar, el SERGIO procedió, guiado por un ánimo libidinoso, a besar de forma prolongada a su hija en la boca y en el cuello y a realizarle tocamientos en los glúteos y los pechos por encima de la ropa, teniendo lugar tales hechos con la presencia de la acusada MARIA DEL MAR, quien no hizo nada por evitarlos.

SEGUNDO.- El acusado SERGIO padece una alteración de la capacidad intelectual que le produce una alteración del enjuiciamiento de la realidad, presentando una tendencia al impulso sexual, teniendo gravemente limitada su capacidad para frenar dicho impulso, pero sin llegar a estar anulada dicha facultad.

TERCERO.- La acusada ANTONIA padece alteración de su capacidad intelectual de manera que tiene alterado el enjuiciamiento de la realidad al mantener una capacidad intelectual para hechos concretos pero sin capacidad de abstracción, que en relación con los hechos declarados probados en el número primero de esta sentencia, producía una grave limitación de sus facultades intelectivas necesarias para comprender la ilicitud de su conducta.»

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

«Que debemos condenar y condenamos al acusado SERGIO, como autor penalmente responsable de un delito de abusos sexuales a menor de dieciséis años, ya antes definido, concurriendo la eximente incompleta de alteración psíquica, a una pena de prisión de dos años con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; se impone al acusado la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, fijándose el concreto contenido de las obligaciones o prohibiciones en qué consistirá la indicada medida de libertad vigilada cuando el Juez de Vigilancia Penitenciaria remita a este Tribunal sentenciador con al menos dos meses antes de la extinción de la pena de prisión impuesta la correspondiente propuesta para la concreción de la medida de libertad vigilada; se impone al acusado la prohibición de aproximarse a MARÍA. a una distancia inferior a 500 metros, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, y la prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, por tiempo de cinco años; se impone al acusado la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad por el tiempo de cuatro años; y se impone al acusado la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo de cinco años.

Que debemos condenar y condenamos a la acusada ANTONIA , como autora penalmente responsable de un delito de abusos sexuales a menor de dieciséis años, ya antes definido,

concurriendo la eximente incompleta de alteración psíquica, a una pena de prisión de dos años con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; se impone a la acusada la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, fijándose el concreto contenido de las obligaciones o prohibiciones en qué consistirá la indicada medida de libertad vigilada cuando el Juez de Vigilancia Penitenciaria remita a este Tribunal sentenciador con al menos dos meses antes de la extinción de la pena de prisión impuesta la correspondiente propuesta para la concreción de la medida de libertad vigilada; se impone a la acusada la prohibición de aproximarse a MARÍA. a una distancia inferior a 500 metros, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, y la prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, por tiempo de cinco años; se impone a la acusada la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad por el tiempo de cuatro años; y se impone a la acusada la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo de cinco años.

Se condena a ambos acusados al pago por mitad de las costas procesales, sin incluir las causadas a la Acusación Particular.

Y se condena a ambos acusados a que conjunta y solidariamente indemnicen a MARÍA. en la cantidad de 2.000 euros por daños morales, con el interés legal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Abónese a los acusados, para el cumplimiento de la pena que aquí se les impone, el tiempo que hayan estado privados provisionalmente de su libertad por esta causa.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a presentar en esta misma Audiencia dentro de los diez días siguientes a aquel en que se hubiere notificado la sentencia.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación por las representaciones procesales de Antonia y Sergio; dictándose sentencia núm. 96/2022 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de

Madrid en fecha 10 de marzo de 2022, en el Recurso de Apelación 57/2022, cuyo Fallo es el siguiente:

«**QUE DESESTIMANDO** los recursos de apelación interpuestos, por el procurador D. JOSÉ FERNANDO LOZANO MORENO, en nombre y representación de SERGIO y por el procurador D. FERNANDO RUIZ DE VELASCO MARTÍNEZ DE ERCILLA, en nombre y representación de ANTONIA , frente a la sentencia de fecha 11 de octubre de 2021, dictada por la Sección nº 6 de la Audiencia Provincial de Madrid, en autos de Procedimiento Abreviado nº 70/2019, **DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** la citada resolución.

No procede hacer expresa imposición de costas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y con certificación de la misma, una vez sea firme, devuélvanse los autos al órgano judicial de referencia.

Librese por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de este Tribunal certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al Libro de Sentencias penales de esta Sala.

Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación, ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de conformidad con el art. 792. 4 en relación con el art. 847. 1 b) de la LECrim., con sujeción a lo previsto en el art. 855 y ss. de la LECrim., formulando la petición a que se refiere el art. 855 mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia.»

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por las representaciones procesales de Antonia y Sergio 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.

QUINTO.- Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

Antonia

Motivo primero y único.- por Infracción de Ley, al amparo del nº 2 del artículo 849 LECrim, al entender que existe error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos.

Sergio

Motivo único.- Infracción de normas sustantivas, al inaplicar la eximente del artículo 20.1.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida solicitan la inadmisión, y subsidiariamente su desestimación. La Sala admitió los recursos.

SÉPTIMO.- Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, se da traslado a los recurrentes para que adapten si lo estiman procedente los motivos alegados, y posteriormente a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal por si interesan presentar alegaciones, con el resultado que obra en autos.

OCTAVO.- Por providencia de esta Sala de 22 de enero se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 20 de marzo de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. LÓPEZ NÚÑEZ

ÚNICO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM, POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 20. 1º CP (SIC)

1. El motivo, si bien invoca la infracción de ley penal sustantiva como gravamen, en su sincrético desarrollo argumental lo que viene a cuestionar es el fundamento probatorio del hecho sobre el que se asienta el juicio de culpabilidad.

La notable disociación entre el motivo utilizado para la formulación del recurso y el fundamento pretensional que le presta sostén obliga, en protección del contenido material del derecho al recurso, en particular de la persona condenada en la instancia, a *redireccionarlo* hacia el cauce que, por vulneración del precepto constitucional, ofrece el artículo 852 LECrim.

De no hacerse así, el motivo estaría condenado al fracaso pues, como es sabido, en los gravámenes por infracción de ley el campo de juego del análisis casacional viene delimitado exclusivamente por los hechos declarados probados.

Y, en el caso, si se atiende al que se declara probado resulta evidente que el juicio de culpabilidad cuestionado se ajusta a su tenor. Los hechos fijados en la instancia, y que hace suyos la sentencia recurrida, precisan que el hoy recurrente *“tenía gravemente limitada su capacidad para frenar dicho impulso, pero sin llegar a estar anulada dicha facultad”*. Fórmula que excluye la aplicación de la eximente completa por enfermedad mental que se considera indebidamente inaplicada.

Pero, como anticipábamos, el curso argumental del motivo gira hacia otro objetivo bien distinto. Lo que, en puridad, se cuestiona es que no se declare probada la total limitación de las bases de la imputabilidad cuando el tribunal de instancia reconoce que la información pericial psiquiátrica practicada ofrece *“un resultado confuso acerca de si dichas facultades estaban solamente disminuidas o totalmente anuladas”*. Para el recurrente, es evidente que la valoración de la prueba ha generado una laguna fáctica, una duda que debe ser resuelta de conformidad con los principios de presunción de inocencia e «in dubio pro reo» declarando acreditada la hipótesis más favorable para la persona acusada. Lo que, en el caso, se traduce para el recurrente, en considerar acreditada la total anulación de las bases de la imputabilidad.

2. Esta redirección del motivo sirve, también, para rechazar la objeción de admisibilidad planteada por el Fiscal, al considerar que se ha formulado *«per saltum»* pues en el recurso de apelación lo que la parte interesó fue la apreciación de la eximente prevista en el artículo 20.3º del CP y no la del artículo 20.1º CP.

Es cierto, no obstante, que el recurrente invoca otro título normativo, pero ello no supone alterar sorpresiva y manifiestamente el objeto devolutivo, ampliándolo a nuevas pretensiones no deducidas en las instancias previas.

Lo que el recurrente pretende ahora en casación -la exención de responsabilidad criminal por concurrir una causa que anula las bases de la imputabilidad- es lo mismo que pretendió en la instancia y reprodujo en apelación, en atención, además, a los resultados que arrojó la prueba practicada, lo que excluye que pueda ser considerada cuestión nueva. No hay una modificación sustancial *de la causa de pedir* que altere el objeto procesal previamente delimitado.

3. Sentado lo anterior, la *reubicación* del motivo en el artículo 852 LECrim nos sitúa en el epicentro de una cuestión de particular complejidad y, desde luego, de gran alcance como lo es el juego de la presunción de inocencia como regla de juicio y su proyección a la hora de considerar acreditados, o no, hechos extintivos o modificativos de la responsabilidad penal pretendida por las acusaciones.

En el caso, el tribunal de instancia en su fundamentación jurídica reconoce sin ambages que la información pericial producida en juicio arrojó un resultado confuso sobre si las facultades mentales del recurrente *estaban solo gravemente disminuidas o estaban totalmente anuladas* (sic). Duda que despeja a favor de la semiexención de responsabilidad al considerar que los presupuestos de exención no pueden presumirse y que, por tanto, deben quedar indubitadamente acreditados.

La sentencia de apelación, por su parte, avala la conclusión normativa de la Audiencia pues, en efecto, como se afirma en la sentencia recurrida, no se ha acreditado suficientemente que el recurrente tuviera totalmente abolidas sus facultades intelectivas y volitivas. El Tribunal Superior también descarta que la duda sea consecuencia de un error valorativo de las informaciones probatorias disponibles. Confirma que, en efecto, los resultados que arroja el cuadro de prueba son confusos y, en esa medida, no permiten llegar a la certidumbre que reclamaría la apreciación de la exención pretendida. Por ello, la opción valorativa de la Audiencia debe ser calificada de razonable, sin que haya motivos que permitan desplazarla atendiendo, se afirma, a la privilegiada posición que la inmediación atribuye al tribunal de instancia.

4. Tanto la fórmula utilizada por la Audiencia para despejar la duda probatoria como la empleada por el Tribunal Superior para validarla cuentan, no cabe ocultarlo, con un amplio soporte en la jurisprudencia de este Tribunal. En efecto, la STS 645/2018 –entre muchas- ofrece una comprimida síntesis de

dicha posición que nos permitimos citar «*in extenso*». Así se destaca “*que las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (SSTS. 138/2002 de 8.2, 716/2002 de 22.4, 1527/2003 de 17.11, 1348/2004 de 29.11, 369/2006 de 23.3). Las causas de inimputabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de*

la plena responsabilidad penal (STS. 1477/2003 de 29.12). En definitiva, para las eximentes o atenuantes no rige la presunción de inocencia ni el principio «in dubio pro reo». La deficiencia de datos para valorar si hubo o no la eximente o atenuante pretendida no determina su apreciación.”

5. Ahora bien, el peso de esta jurisprudencia que podríamos calificar de *tradicional* no ha impedido pronunciamientos que, con mayor o menor grado de explícita contraposición y con fundamentos diversos –algunas incidiendo en la presunción de inocencia como regla material de juicio, otras poniendo el acento en el principio «*in dubio pro reo*» como método valorativo–, la han cuestionado, abogando por un profundo cambio de orientación.

En este sentido, debe destacarse la STS 639/2016, de 14 de julio, en la que se *visualizan* con extremada claridad las razones del giro que se propugna. La sentencia arranca destacando, precisamente, la marcada discrepancia con la doctrina invocada en la resolución recurrida relativa a que la carga probatoria en relación a eximentes o atenuantes compete a la parte que las alega y que deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo, de tal modo que los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal, descartándose, a la postre, que para las eximentes o atenuantes rija la presunción de inocencia y el principio “in dubio pro reo”. Como se afirma en la STS 639/2016, “*tal tesis, por más que puede invocar no poca jurisprudencia en su favor, es incompatible con la garantía constitucional que cita. Lo que ésta supone es precisamente la erradicación del concepto mismo de carga de prueba en el proceso penal. La carga de la prueba se vincula a un sistema de enjuiciar en el*

que, dadas las facultades dispositivas de las partes sobre el objeto del mismo, se establecen criterios de resolución de la situación de duda cuyas consecuencias se hacen recaer onerosamente sobre la parte cuya pretensión se ampara en ese hecho que no puede ser afirmado como probado por el resultado dudoso de la actividad probatoria al respecto. En el proceso penal la Constitución garantiza al acusado que no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un hecho, sea este constitutivo, extintivo o modificativo de la responsabilidad”.

También con fundamento en la presunción de inocencia como regla de juicio, la STS 748/2022, de 28 de julio incide, aun de manera periférica, “*en que si bien la prueba de la concurrencia de factores reductores de la imputabilidad debe ser rigurosa, el estándar exigible no puede ser el de más allá de toda duda razonable, reservado constitucionalmente solo para la destrucción de la presunción de inocencia”.*

Por otro lado, las SSTs 335/2017, de 11 de mayo, 722/2020, de 30 de diciembre, 204/2021, de 4 de marzo, si bien descartan el juego de la presunción de inocencia para despejar la incertidumbre y las implicaciones que del mismo pueden derivarse en orden a la atribución de cargas de prueba, vienen, sin embargo, a coincidir en la necesidad de que a la hora de determinar, a la luz de los resultados probatorios, si concurre, o no, una eximente o atenuante juegue el “*principio in dubio pro reo*”. Como se afirma en la STS 335/2017, “*La doctrina clásica, machaconamente reiterada en numerosos pronunciamientos de esta Sala –(las eximentes y atenuantes han de estar tan probadas como el hecho mismo: por todas y entre muchas SSTs 415/2016, de 18 de abril ó 489/2004, de 19 de abril)- merece probablemente una revisión ya anunciada en algún aislado precedente (vid. SSTs 639/2016, de 19 de julio ó 802/2016, de 26 de octubre)”.*

En esta misma línea encontramos la STS 690/2020, de 11 de marzo en la que si bien se insiste *“en que la presunción de inocencia no alcanza a las causas excluyentes de la imputabilidad”*, precisa *“que [con relación a esta doctrina], la jurisprudencia de esta Sala ha ido anunciando en diversas ocasiones (SSTS 639/2016, de 19 de julio; o 335/2017, de 11 de mayo) la conveniencia de revisar la inflexibilidad del presupuesto, habiendo llegado a apreciar la operatividad del principio in dubio pro reo cuando existen indicios fundados y estables de ausencia de antijuridicidad material de la conducta (STS 802/2016, de 26 de octubre), lo que pasa por que la alegación no haya sido sorpresiva y se ofrezca a la acusación la oportunidad de rebatirlo en debate contradictorio. Si en tales circunstancias surge una duda creíble sobre la veracidad de la afirmación de un hecho del que depende la antijuridicidad material del comportamiento, y con ello la condena u absolución del acusado, si el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, es decir, no puede descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado, y no obstante ello adoptara la versión más perjudicial al mismo, vulneraría el principio in dubio pro reo, elemento judicial de ponderación auxiliar, pero de singular valor como regla de enjuiciamiento por su proximidad a la regla constitucional de la presunción de inocencia”*.

Con el mismo alcance, pero en términos mucho más admonitorios, debe destacarse el más reciente pronunciamiento contenido en la STS 77/2024, de 25 de enero, en el que puede leerse *“que ha de considerarse sepultada definitivamente la idea de que las eximentes o atenuantes han de estar tan acreditadas como el hecho mismo (como dice el Tribunal Superior de Justicia en su Sentencia en fórmula tan repetida -también por esta Sala- como criticable)”*.

6. La tensión jurisprudencial patentiza la inevitable evolución de los sistemas procesales que, como el nuestro, se fundan en el paradigma de las garantías efectivas para la mejor y mayor protección de los derechos

a la dignidad y a la libertad personal. Poniendo en valor la necesidad de revisar continuamente el alcance de las fórmulas con las que, a modo de convenciones, operamos los jueces. Constituyendo, a la postre, una seria llamada de atención sobre la obligación de tomar en consideración la fuerza expansiva del estándar probatorio *más allá de toda duda razonable* mediante el que opera la presunción de inocencia como regla de juicio. Regla que cumple la decisiva función de determinar las consecuencias que se derivan de las incertidumbres fácticas que, resultantes de la prueba practicada, se proyectan sobre los hechos constitutivos, modificativos o extintivos que fundan las respectivas hipótesis enfrentadas en el proceso penal.

7. En este sentido, debe llamarse la atención que la presunción de inocencia, como regla de juicio, viene a dotar de contenido constitucional a la llamada *carga material de la prueba* –cómo se debe probar y cuánta prueba se requiere para ello-, pero no necesariamente incide en la *carga formal* que determina quién debe probar los hechos que soportan las respectivas hipótesis. El cumplimiento de la carga formal de prueba no implica necesariamente que se satisfaga la carga material.

Como con claridad se sostiene por la doctrina *“mientras que la carga formal se levanta con la mera actividad probatoria, la segunda solo se alza con un resultado determinado, imprevisible de antemano en cuanto al elemento psicológico de convencimiento del juez que supone la actividad probatoria”*.

Por tanto, aunque la carga de la prueba en sentido formal y material son dos aspectos íntimamente relacionados ello no quiere decir que deban ser

afrontados con los mismos instrumentos ni que se apliquen soluciones idénticas en orden a su cumplimiento.

8. En efecto, la distribución formal de la carga de prueba en el proceso penal, bajo el manto protector del artículo 24.2 CE, comporta, sin excepción, que la acusación deba probar los hechos constitutivos de su pretensión acusatoria -la comisión del delito, la concurrencia de las circunstancias agravatorias y la participación en el mismo de la persona acusada-, pero no supone que, además, se le exija la prueba de la inexistencia de todas las circunstancias que pudieran favorecer a la persona acusada. Ello, en efecto, supondría una carga excesivamente onerosa y, además, en muchos casos, de imposible cumplimiento, que produciría un efecto constitucionalmente indeseable de *oclusión* de la propia acción penal.

En consecuencia, si la persona acusada decide activar una estrategia defensiva que no se limite a negar o a debilitar las bases probatorias de la hipótesis acusatoria mediante la introducción de hechos alternativos de no participación, de justificación, de no culpabilidad o de inimputabilidad, resulta razonable exigirle que asuma la carga formal de probar su concurrencia.

9. En todo caso, cabe apuntar que en el proceso penal las cargas formales, a diferencia del proceso civil donde opera con mayor genuinidad el concepto de carga probatoria, no son nunca ni estáticas ni rígidas. Los principios de adquisición de prueba, la intervención de oficio del juez en

su producción, la desigualdad de partida entre las partes y el mandato de imparcialidad que compele al Ministerio Fiscal en su actividad indagatoria y probatoria hace que puedan darse supuestos de transferencia de cargas formales a lo largo de todo el proceso.

Los mecanismos de «discovery» probatorio anticipado permiten que, con mucha frecuencia, las partes puedan, de manera sobrevenida, rediseñar estrategias probatorias *proactivas*, asumiendo nuevas cargas. Lo que se traduce en que la acusación pretenda, aportando medios de prueba, neutralizar la plausibilidad de las hipótesis defensivas, como, de contrario, la defensa también busque, con nuevos medios de prueba, refutar las pruebas de cargo anunciadas por la acusación.

10. Sin embargo, lo más decisivo a los efectos que ahora nos ocupan es destacar que la existencia de cargas formales no se traduce en que las partes acusadoras y acusadas asuman la misma carga material de prueba. Aquí es donde entra en juego la *regla de juicio* de la mano de la presunción de inocencia. Esta se encarga de determinar cuál debe ser el resultado probatorio exigible a cada una de las partes en atención a sus respectivas cargas formales para considerar acreditadas las respectivas hipótesis.

Y así mientras que la carga material de prueba que pesa sobre la acusación implica que esta logre acreditar la realidad de los hechos en los que se sustenta su hipótesis más allá de toda duda razonable, a la defensa le basta con generar una duda razonable acerca de la atendibilidad de dicha hipótesis o

con acreditar, en términos de suficiente plausibilidad fáctica, la propia hipótesis defensiva.

Si bien ambos supuestos -la duda razonable sobre la hipótesis acusatoria y la plausibilidad de la hipótesis defensiva-, conducen al mismo resultado: la duda razonable sobre la concurrencia de algún hecho relevante que funde la acusación implica que la hipótesis acusatoria no pueda considerarse plenamente acreditada. Por su parte, cuando no se cuestiona el hecho constitutivo, pero sí la afirmada por la acusación plena culpabilidad, la prueba de la plausibilidad del hecho modificativo permite considerarlo acreditado.

11. La regla de juicio, como contenido específico de la carga material, opera, por tanto, con relación a dos hipótesis. Una, acusatoria y otra, defensiva, pero que no parten, ni mucho menos, de las mismas exigencias de acreditación.

Insistimos. En relación con los hechos constitutivos que integran la hipótesis acusatoria, se reclama un fundamento probatorio que arroje resultados que en términos fenomenológicos resulten altísimamente concluyentes. La segunda hipótesis, la defensiva, no.

Este doble estándar responde a las diferentes funciones que cumplen ambas hipótesis. La primera, la acusatoria, está llamada a servir de fundamento a la condena y, con ella, a la privación de libertad o de derechos de una persona. Por tanto, debe quedar acreditada por mandato constitucional más allá de toda duda razonable. La función de la segunda, la hipótesis

defensiva, es muy diferente: es la de debilitar, en su caso, la conclusividad de la primera. No, de forma necesaria, excluirla.

La presunción de inocencia no exige, sin riesgo de desnaturalizar su ontológica dimensión político-constitucional, como garantía de la libertad de los ciudadanos y límite al poder de castigar del Estado, que la hipótesis alternativa defensiva se acredite también más allá de toda duda razonable, como una suerte de contrahipótesis extintiva o excluyente de la acusatoria.

Para que despliegue efectos el componente reactivo del derecho a la presunción de inocencia basta con que la hipótesis de no participación, de justificación, de inimputabilidad o de imputabilidad reducida goce de un umbral de atendibilidad suficiente, de verosimilitud apta para generar una duda epistémica razonablemente justificada sobre su concurrencia. Debilitando, como consecuencia inevitable, la hipótesis acusatoria basada en la presencia de todos los elementos constitutivos del delito –tipicidad, antijuricidad, culpabilidad e imputabilidad- en un sentido amplio.

Como afirmábamos en la STS 136/2022, de 17 de febrero, “*la consistencia de la duda razonable no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos que fundan la condena. Como a la inversa, la contundencia de la hipótesis de condena tampoco se mide en sí sino según su capacidad para neutralizar la propuesta absolutoria*”.

Insistimos, mientras la condena presupone la certeza de la culpabilidad, neutralizando la hipótesis alternativa, la absolución no presupone la certeza de la inocencia sino la mera no certeza de la culpabilidad. La absolución no se deriva de la prueba de la inocencia sino de la frustrada prueba de la culpabilidad más allá de toda duda razonable. De ahí que una hipótesis

exculpatoria mínimamente verosímil *arruine*, como afirma Igartua, la probabilidad concluyente -la conclusividad- que exige el mencionado estándar.

12.El estándar “más allá de toda duda razonable” con las implicaciones epistémicas que comporta es trasladable, también por *derivada constitucional*, a los supuestos de circunstancias favorables relativas a la imputabilidad alegadas por la defensa.

Si no es constitucionalmente admisible afirmar la participación de la persona acusada en el hecho punible, objeto de acusación, si se identifica una duda razonable –ya sea porque se ha debilitado la conclusividad de las pruebas de la acusación o porque la defensa ha introducido una hipótesis fáctica alternativa mínimamente plausible a la luz de los resultados probatorios-, no puede serlo tampoco castigar con pena cuando existe una duda razonable de que la persona acusada no merece ser castigada porque es plausible que sea inimputable. Como tampoco resultaría admisible que dicha persona deba ser castigada con la pena prevista para las plenamente imputables cuando hay dudas razonables de que pudiera sufrir un déficit de imputabilidad.

13.En ninguno de estos dos supuestos puede afirmarse que la pretensión penal en su conjunto formulada por la acusación esté acreditada más allá de toda duda razonable. La probable existencia de circunstancias fácticas favorables a la persona acusada que se asientan sobre hechos alternativos a los que sostienen la acusación activa irreversiblemente la

presunción de inocencia como regla “epistémica” de juicio. La *incertidumbre razonable* obliga a fijar los hechos favorables.

14. Las consecuencias parecen claras:

Primera, no se puede imponer una pena cuando el tribunal, a la luz de los resultados de la prueba practicada, tenga dudas razonables de que la persona no merece ser castigada porque resulta plausible, por razonable, que concurra una causa de inimputabilidad.

Segunda, con igual razón, no se puede castigar con la pena prevista en el tipo cuando es plausible que la persona acusada merece, por ser parcialmente inimputable, menos pena.

Tercera, ante un resultado probatorio de clara incertidumbre sobre si la persona acusada es inimputable o semiinimputable, no es asumible que la duda pueda despejarse metodológicamente «in malam partem», declarando probada la semiinimputabilidad porque no se haya probado plenamente la inimputabilidad. En este supuesto, la duda sobre que la persona acusada carece de capacidad de culpabilidad seguiría subsistiendo, afectando, nada más y nada menos, a uno de los elementos constitutivos del delito.

15. Es cierto que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene una regla tan explícita como la prevista en el artículo 530.2 del Codice de Procedura Penale italiano que marca cómo debe operar la presunción de inocencia, consagrada en el artículo 27 de la Constitución, como regla de juicio -“*el juez también dictará sentencia absolutoria cuando no existan pruebas, sean insuficientes o contradictorias, de que el hecho existe, de*

que el acusado lo cometió, de que el hecho es constitutivo de delito o de que el delito fue cometido por una persona imputable". vid. al respecto, la paradigmática Sent, Sez I (ud.25/05/2016) 27.02.2017, n.9638, de la Casación Penal-.

Pero ello no significa que no pueda decantarse del artículo 24.2 de nuestra propia Constitución la regla que, como afirmábamos en la antes citada STS 639/2016, *"garantiza al acusado que no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un hecho, sea este constitutivo, extintivo o modificativo de la responsabilidad"*.

16.Regla que, aun en términos genéricos, ha tenido su valiosa plasmación en el artículo 54.3 in fine LOTJ, fijando la obligación del magistrado-presidente de informar a los miembros del Jurado de *"que, si tras la deliberación no les hubiese sido posible resolver las dudas que tuvieran sobre la prueba, deberán decidir en el sentido más favorable al acusado"*.

Es obvio que este *mandato epistémico-decisional* al Jurado, nutrido del valor axiológico que le presta el artículo 24.2 CE, impone un pronunciamiento sobre los hechos que se traduce en declarar probados los favorables, aunque no pueda afirmarse la plena prueba de su concurrencia.

Y ello porque, como afirmábamos, la alternativa resulta constitucionalmente inasumible: optar por la hipótesis perjudicial aun subsistiendo la duda razonable de que pudiera considerarse concurrente la hipótesis defensiva favorable.

17. Pues bien, partiendo de lo anterior, el motivo debe ser acogido. La sentencia recurrida despeja la incertidumbre probatoria descartando la hipótesis más favorable para la persona acusada pese a reconocer que la misma se presenta, a la luz de los resultados que arroja la prueba practicada, plausible, al menos con el mismo grado que la hipótesis menos favorable.

La solución alcanzada por la Audiencia y validada por el Tribunal Superior compromete la regla de juicio que impone la presunción de inocencia pues si bien es cierto que la prueba no permite considerar plenamente acreditados los presupuestos fácticos de la plena exención, por la misma razón tampoco permite, en contraposición, considerar plenamente acreditados los de la semiexención.

Sobre ambos planea la duda y no concurre ninguna razón axiológica ni tan siquiera epistémica que justifique optar por la hipótesis más desfavorable para la persona acusada. Si en términos de plausibilidad fáctica es tan probable que merezca la exención completa como la incompleta, la duda debe ser despejada a favor del efecto más beneficioso para la persona acusada.

Lo que, en el caso, se traduce en fijar como hecho que sus facultades volitivas en orden al control de sus impulsos estaban totalmente anuladas, comportando, en consecuencia, la apreciación de la eximente completa de enfermedad mental del artículo 20. 1º CP.

18. Conclusión probatoria alcanzada en el caso que no supone estatuir una suerte de exención por inimputabilidad *replicable*, sin más, en otros procesos en los que pudiera resultar acusado el hoy recurrente. Si se diera esta hipótesis tendrían que activarse las correspondientes cargas formales y materiales de acreditación de la situación de inimputabilidad a las que antes nos hemos referido.

19. Por otro lado, apreciada en esta causa la exención de responsabilidad criminal por trastorno mental y descartado, por tanto, el reproche punitivo debe valorarse, con rigor, si dicho trastorno proyecta, tal como se exteriorizó en la comisión del hecho delictivo, como se precisa en el artículo 6 CP, un actual pronóstico de peligrosidad que justifique la adopción de algunas de las medidas de seguridad previstas en los artículos 101 a 106, todos ellos, CP.

Como afirmamos en la STS 728/2016, de 30 de octubre, “*el respeto de la previsión legal impone la concurrencia de tres exigencias ineludibles para la imposición de una medida de seguridad: A) La comisión de un hecho previsto como delito (art. 95.1 Código Penal); B) La condición de inimputable -arts. 101.1, 102.1, 103.1 y 105 Párrafo 1- o semiimputable -art. 99 y 104- de su autor y C) La acreditación de una probabilidad de comisión de nuevos delitos por el mismo, es decir, la apreciación de una objetiva peligrosidad delictiva del autor, que –como se destaca en la STS 482/2010, de 4 de mayo- resulta oportuno evaluar desde un doble juicio: i) el diagnóstico de peligrosidad, que se fundaría en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado por la satisfacción del primero de los requisitos indicado -art. 6.1 del Código Penal-, pero de distinto alcance según la naturaleza y circunstancias del delito cometido y ii) el pronóstico de comportamiento futuro, que supone una evaluación de las*

posibilidades de que el observado vuelva a cometer hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 95.1.2º del Código Penal”.

20. Ahora bien, dicho juicio no podemos abordarlo en esta instancia casacional, al hilo de la estimación del recurso. Para ello, debe disponerse de información rigurosa y actualizada que permita identificar las necesidades terapéuticas y de prevención que presten fundamento a la adopción de las medidas de seguridad que procedan. Y es obvio que no contamos con dicha información.

21. Cuando por la adopción de medidas de seguridad pueda estar en juego la propia libertad de la persona afecta de un trastorno mental, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos insiste en la necesaria relación sincrónica entre la decisión limitativa y la elaboración de los informes técnico-psiquiátricos que la justifican. Así, en la STEDH, caso Herz c. Alemania, de 12 de junio de 2003, se consideró que un informe pericial psiquiátrico de un año y medio de antigüedad a la fecha en la que debía tomarse la decisión judicial no bastaba por sí mismo para justificar una medida de privación de libertad -en el mismo sentido, SSTEDH, caso Magalhães Pereira c. Portugal, de 26 de febrero de 2002; caso H.W. c. Alemania, de 19 de septiembre de 2013-.

Pasado el tiempo desde la comisión del hecho delictivo, debe constatarse un riesgo cualificado y actual de comisión de nuevos hechos

delictivos vinculado a la propia persistencia del trastorno mental como factor causal.

Es obvio que no basta que una persona sufra una enfermedad mental para concluir que será siempre y en todo caso peligroso. Ello supondría privar a las personas con enfermedades psiquiátricas de toda expectativa de disfrute con plenitud de sus derechos civiles. La persona con una patología psiquiátrica sigue teniendo derecho a la libertad lo que se traduce no solo en la estricta limitación de los motivos por los que puede ser privado del mismo. También tiene derecho a que dicha privación resulte, por un lado, proporcional a las circunstancias personales y, por otro, ajustada a las finalidades penales específicas de control y reinserción de las personas inimputables o con la imputabilidad severamente afectada.

Como se previene en el artículo 14 1.b) de la Convención de Naciones Unidas *de derechos de las personas con discapacidad*, “Los estados asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás (...) no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de libertad”.

Dicho mandato debe delimitar siempre el sentido y alcance de la cláusula de peligrosidad prevista en el artículo 95.1. 2º CP para lo que la evaluación sincrónica al tiempo en que debe tomarse la decisión resulta decisiva.

22. Lo anterior comporta la necesidad de reenviar la causa a la instancia para que se convoque a las partes a una audiencia, cuyo objeto queda limitado exclusivamente a la oportunidad, o no, de fijar medidas de seguridad, en la que podrá proponerse y practicarse con dicha finalidad los medios de prueba -también por la vía del artículo 729. 2º LECrim- que resulten conducentes.

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE LA SRA. ANTONIA

ÚNICO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.2º LECRIM, POR ERROR EN LA VALORACIÓN DE DOCUMENTOS QUE OBRAN EN AUTOS

23. Mediante un bien trabado discurso argumental, la recurrente pretende abrir la estrecha vía revocatoria que ofrece el artículo 849.2 LECrim pues considera que el contenido del dictamen pericial no arroja duda alguna de que además de las significativas alteraciones en la capacidad intelectual para evaluar la realidad, carece de frenos para inhibir una conducta impropia, lo que anula la base volitiva de la imputabilidad. Conclusiones periciales que no han sido contradichas por otros medios de prueba, por lo que el tribunal no podía separarse de las mismas sin incurrir en el error que ahora se denuncia.

24. De nuevo, nos enfrentamos a un problema de idoneidad del “cauce casacional” escogido. No obstante, tiene razón la recurrente de que las

conclusiones del dictamen –nos reservamos nuestra valoración sobre la metodología, el tono y las expresiones [insólitas] utilizadas por el perito para justificarlas- arrastrarían la consecuencia pretendida. Pero se olvida que a su propia iniciativa probatoria el perito compareció en juicio y que fue al hilo de su confusa explicación (¿?) plenaria cuando le surgió al Tribunal la duda sobre el alcance de los trastornos del curso del pensamiento y de la voluntad que se describen en el dictamen. En consecuencia, este no puede tenerse como información pericial literosuficiente en los términos exigidos por la Jurisprudencia de esta Sala para identificar error valorativo ex artículo 849.2 LECrim. Precisamente, el resultado de la prueba pericial se constituye en fuente de la duda epistémica a la que, de forma expresa, se refiere el tribunal de instancia y hace suya el de apelación.

25.El desajuste obliga, al igual que hicimos con el motivo formulado por infracción de ley por el Sr. SERGIO, a reconducirlo al cauce del artículo 852 LECrim. Cauce del que se deriva la misma consecuencia estimatoria que para el otro recurrente.

26.En efecto, la sentencia, de la mano de la información pericial, no distingue entre las alteraciones mentales que presentaba el acusado, Sr.SERGIO, y la ahora recurrente, Sra. ANTONIA, y con relación a ambos se cierne, además, la misma duda sobre su alcance.

Por tanto, como anticipábamos, si el gravamen se funda sobre los mismos presupuestos la solución reparatoria debe ser idéntica: establecer como hecho probado la plena limitación de sus facultades mentales y declararle exenta de responsabilidad criminal ex artículo 20. 1º CP.

Conclusión que arrastra, también, la misma consecuencia ordenada al hilo del recurso formulado por el Sr. López: el reenvío para la celebración de nueva audiencia con la finalidad exclusiva de determinar si procede, o no, establecer alguna o algunas de las medidas de seguridad contempladas en los artículos 101 a 106, ambos, CP.

JUICIO SOBRE COSTAS

27. Procede, tal como previene el artículo 901 LECrim, declarar de oficio las costas causadas por ambos recursos.

CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN

28. Tal como disponen los artículos 109 LECrim y 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento europeo y del Consejo sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Ana López Moraleda –ya mayor de edad a esta fecha- con la asistencia de la persona de apoyo que se considere necesaria de conformidad a lo previsto en el artículo 109 LECrim.

CLÁUSULA DE REDACCIÓN DE LA SENTENCIA A FORMATO DE LECTURA FÁCIL

29. Atendida la discapacidad intelectual que presentan los recurrentes y su hija procede, de conformidad a lo previsto en el artículo 13 de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad y artículos 7 bis LEC y 109 LECrim, que, como ajuste razonable, la presente sentencia se redacte en formato de lectura fácil. Y ello para posibilitar que su contenido pueda ser comprendido por sus destinatarios principales, garantizando de esta manera mejor el efectivo ejercicio de sus derechos en el proceso.

FALLO

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

Haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las respectivas representaciones del Sr. SERGIO y la Sra. ANTONIA contra la sentencia de 10 de marzo de 2022 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuya resolución anulamos y que será sustituida por la segunda sentencia que a continuación se dicte.

Declaramos de oficio las costas de esta alzada.

Ordénese su traslación a formato de lectura fácil por la entidad que resulte competente en virtud de los convenios que a tal efecto han sido suscritos por el Consejo General del Poder Judicial.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas y a la Sra. López Moraleda haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 3837/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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 Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de marzo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 3837/2022, interpuesto por Sergio y Antonia contra la sentencia núm. n.º 96/2022 de fecha 10 de marzo de 2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La estimación de los recursos obliga a declarar a ambos recurrentes exentos de responsabilidad criminal por concurrir causa de plena inimputabilidad ex artículo 20.1º CP, dejando sin efecto la pena privativa de libertad impuesta, reenviando la causa a la Audiencia Provincial para que convoque a vista a las partes, en los términos y a los fines precisados en los párrafos 18, 19, 20 y 24 de la primera sentencia.

F A L L O

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

Absolvemos al Sr. SERGIO y a la Sra. ANTONIA del delito por el que venían siendo acusados por concurrir causa de exención de la responsabilidad criminal ex artículo 20.1º CP

Ordenamos el reenvío de la causa a la Audiencia Provincial para, en los términos precisados en la parte expositiva de la primera sentencia, la celebración de nueva audiencia con la finalidad exclusiva de determinar si procede, o no, establecer alguna o algunas de las medidas de seguridad contempladas en los artículos 101 a 106, ambos, CP.

En los demás extremos, confirmamos la sentencia recurrida.

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

Así se acuerda y firma.



RECURSO CASACION/3837/2022

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA