

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ067038

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Sentencia 72/2023, de 20 de septiembre de 2023

Sala de lo Civil y Penal

Rec. n.º 81/2023

SUMARIO:**Delitos contra la libertad sexual. Agresión sexual. Menores de 16 años. Presunción de inocencia. Error de tipo. In dubio pro reo.**

Absolución, por no acreditarse que era conocedor de la edad del menor, a un condenado por agredir sexualmente a un menor con el que contactó a través de la aplicación de citas. El procesado, que tenía 41 años, concertó una cita «para mantener un encuentro de carácter sexual» con la víctima, de 14 años, tras haber intercambiado «mensajes por whassap de índole sexual». Mantuvo relaciones sexuales con el menor en el interior de un vehículo, “todo ello en la creencia de que no era menor.

Es el menor el que se hace pasar por mayor de edad al suscribirse a una página de contactos que solo admite a mayores, y esta circunstancia, de inicio, provoca la presunción en el acusado de que la persona con la que se cita no es menor. A partir de este dato, afirma que hay que plantearse sobre lo que le era exigible o pudo o debió plantearse el acusado una vez que el menor entra en su vehículo.

El tribunal señala que al acusado «nada le podía llevar a sospechar, a la vista de las conversaciones de WhatsApp mantenidas, la ausencia de conocimiento previo de ningún tipo, la practica ausencia de dialogo dentro del vehículo y el muy breve espacio de tiempo que duró el encuentro (unos 11 minutos)» de que era menor de 16 años. Además, el joven llevaba puesta una mascarilla, que no se llegó a quitar completamente en ningún momento, según reconoce, al igual que reconoce no haberle dicho la edad, siendo igualmente significativo que no quisiese denunciar ni se sintiese engañado, según sus propias manifestaciones. Además, la estatura y corpulencia del menor era superior a la del acusado, siendo difícil distinguir la edad en esa franja, teniendo en cuenta las diferencias de apariencia física entre individuos. Lo anterior nos sitúa en el debate de la concurrencia de un posible error de tipo, y su engarce en el elemento intelectual de dolo, que, dado su ámbito interno, únicamente cabe inferir a través de las circunstancias concurrentes sí perceptibles y acreditadas.

En consecuencia, el elemento subjetivo del tipo, por el que se formuló acusación y condena, exige que el dolo del autor abarque el componente de que la víctima tenía menos de 16 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trataba de un menor de 16 años, dolo que, según constante jurisprudencia, puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia.

Se trata de un delito doloso, que no admite comisión imprudente, lo que conduce al dictado de un pronunciamiento absolutorio al vulnerar la presunción de inocencia del recurrente.

PRECEPTOS:

Constitución española, art. 24.
LO 10/1995 (CP), arts. 14 y 183.

PONENTE:

Don José Antonio Varela Agrelo.

Magistrados:

Don JOSE MARIA GOMEZ Y DIAZ-CASTROVERDE
Don JOSE ANTONIO VARELA AGRELO
Don CARLOS MANUEL SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ

T.S.X.GALICIA SALA CIVIL/PENAL

A CORUÑA

SENTENCIA: 00072/2023

-

Domicilio: PLAZA DE GALICIA S/N

Telf: 981182140- 981184876 Fax: -----

Correo electrónico: sala1.civilpenal.tsxg@xustiza.gal

Equipo/usuario: KD

Modelo: 001100

N.I.G.: 27028 43 2 2022 0000703

ROLLO: RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000081 /2023

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de LUGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000012 /2022

RECURRENTE: Carlos

Procurador/a: MARIA FE EIRE VAZQUEZ

Abogado/a: MARIA TERESA DOMINGUEZ MURIAS

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL, Claudio

Procurador/a: , MARIA ISABEL VILLASOL BUSTO

Abogado/a: , JAVIER LATORRE RODRIGUEZ

S E N T E N C I a NUM. 72/23

Excmo. Sr. Presidente:

D. José María Gómez y Díaz-Castroverde Ilmos. Sres. Magistrados:

Don José Antonio Varela Agrelo

Don Carlos Suárez-Mira Rodríguez

En A Coruña, a veinte de septiembre de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados arriba expresados, vio en grado de apelación (Rollo número 81/2023) el procedimiento Sumario seguido en la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lugo (rollo número 12/2022), partiendo de la causa tramitada con el número 227/22 en el Juzgado de Instrucción número 2 de Lugo por delito de agresión sexual a menor de 16 años contra el acusado D. Carlos. Son partes en este recurso, como apelante el mencionado acusado y condenado, representado por la procuradora Dª María Fe Eiré López, y defendido por el la letrada Dª María Teresa Domínguez Murias; y como apelados el Ministerio Fiscal y la acusación particular ejercitada por D. Claudio, representad por la procuradora Dª María Isabel Villasol Busto y con la asistencia letrada de D. Javier Latorre Rodríguez.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don José Antonio Varela Agrelo.

antecedentes de hecho

Primero.

La sentencia dictada con fecha 19 de mayo de 2023 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lugo contiene los siguientes hechos probados:

" Son hechos probados y así se declara que el acusado Carlos, con DNI NUM000, nacido el NUM001 de 1981 y sin antecedentes penales, contactó el 11 de febrero de 2022 a través de la aplicación Grindr con Claudio, que en ese momento contaba con 14 años.

Tras el intercambio de mensajes de índole sexual ese día y los dos siguientes concertaron una cita el día 14 de febrero para mantener un encuentro de carácter sexual citándose en la PLAZA000 de la localidad de Lugo, donde sobre las 18:15 recogió con su vehículo al menor dirigiéndose al parquin DIRECCION000, donde tras estacionar le propuso al menor trasladarse a los asientos traseros donde tras colocarlo de espaldas le introdujo uno o dos dedos por vía anal, penetrándole posteriormente con su pene por igual vía, siendo consciente de la escasa edad del menor."

Segundo.

El fallo de la mencionada sentencia es como sigue:

"Que debemos condenar y condenamos a Carlos como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual sobre persona menor de 16 años a las siguientes penas:

- SIETE AÑOS de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de Claudio, de su domicilio y de lugares por él frecuentados así como la prohibición de comunicarse con él por cualquier medio durante un periodo de 10 años.

- A la medida de seguridad de Libertad Vigilada por un plazo de SEIS AÑOS.

- A la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cinco años. Así como la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por tiempo superior en cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad.

Así como a que indemnice a la víctima en la cantidad de 10.000 euros."

Tercero.

La representación procesal del acusado interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, y el Ministerio Fiscal y la acusación particular lo impugnaron.

Cuarto.

Mediante providencia del pasado 18/07/2023 la Sala acordó que se formase el rollo correspondiente con testimonio de particulares de los autos, designándose Magistrado Ponente.

Quinto.

La Sala, por providencia del pasado día 18 de septiembre de 2023 señaló el mismo día para votación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. SOBRE LA CUESTION CONTROVERTIDA

La sentencia reseñada, que es objeto de apelación, condena al acusado como autor de un delito de agresión sexual sobre persona menor de 16 años, y contra ella se formula tal impugnación, alegándose como motivos, tanto la vulneración de la presunción de inocencia, como el "in dubio pro reo"; el error en la valoración de la prueba, así como infracción de normas procesales, y la concurrencia de error de tipo del artículo 14 del Código Penal.

Segundo. SOBRE LA PRESUNCION DE I NOCENCIA EN RELACION CON EL ERROR DE TIPO

Como quiera que se alega el error en la valoración de la prueba resulta oportuno traer a colación el ámbito valorativo que nos corresponde como Tribunal de apelación y para ello, a título de ejemplo, citaremos la STS 570/2022 de 8 de Junio que señala:

" Importa, por eso, fijar primeramente nuestra atención en los límites y objeto del recurso de apelación. Lo haremos de la mano de una muy reciente resolución dictada por este mismo Tribunal Supremo, sentencia número 136/2022, de 17 de febrero . Se explica en ella que: <<Por lo que se refiere al contenido devolutivo del recurso de apelación, este varía esencialmente en atención al tipo de sentencia, absolutoria o condenatoria, contra la que se interpone. Hasta el punto de poder afirmarse, sin riesgo a equívoco, que coexisten dos submodelos de apelación con más diferencias que elementos comunes.

Cuando el recurso de apelación se interpone contra una sentencia absolutoria, la reforma de 2015 ha vedado, en términos concluyentes, que el tribunal de segunda instancia reconstruya el hecho probado a partir de una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, cualquiera que sea la naturaleza de esta. La acusación solo puede pretender la revocación de la sentencia absolutoria y la condena del absuelto, cuestionando el fundamento normativo de la decisión a partir de los hechos que se declaran probados.

Por contra, cuando los gravámenes afectan al cómo se ha conformado el hecho probado o cómo se ha valorado la prueba solo pueden hacerse valer mediante motivos que posibiliten ordenar la nulidad de la sentencia recurrida. Lo que solo acontecerá si, en efecto, se identifican defectos estructurales de motivación o de construcción que supongan una fuente de lesión del derecho de quien ejercita la acción penal a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 CE ...

... Por su parte, cuando la apelación se interpone contra una sentencia de condena el tribunal ad quem dispone de plenas facultades revisoras.

El efecto devolutivo transfiere también la potestad de revisar no solo el razonamiento probatorio sobre el que el tribunal de instancia funda la declaración de condena, como sostiene el apelante, sino también la de valorar todas las informaciones probatorias resultantes del juicio plenario celebrado en la instancia, determinando su suficiencia, o no, para enervar la presunción de inocencia. Afirmación de principio que solo permite una ligera modulación cuando se trata del recurso de apelación contra sentencias del Tribunal del Jurado.

Este es el sentido genuino de la doble instancia penal frente a la sentencia de condena. La apelación plenamente devolutiva es garantía no solo del derecho al recurso sino también de la protección eficaz de la presunción de inocencia de la persona condenada. Esta tiene derecho a que un tribunal superior revise las bases fácticas y normativas de la condena sufrida en la instancia.

Como destaca el Tribunal Constitucional en la importante STC 184/2013 -por la que, en términos contundentes, se sale al paso de fórmulas reductoras del efecto devolutivo de la apelación contra sentencias de condena, extendiendo indebidamente el efecto limitador que frente a sentencias absolutorias estableció la STC 167/2002 -, "el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de novum iudicium, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba (...) pues toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior y a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. (...). Negarse a ello, como ocurrió sobre la base de una errónea apreciación de la doctrina de nuestra STC 167/2002 , no solo revela el déficit de motivación aducido y de incongruencia con sus pretensiones, sino, como consecuencia, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por privarse al recurrente de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria".

Alcance devolutivo que no viene sometido a ninguna precondición valorativa derivada de la no inmediación, como también parece sostener el recurrente.

Debe insistirse en que la inmediación constituye, solo, un medio o método de acceso a la información probatoria. La inmediación nunca puede concebirse como una atribución al juez de instancia de una suerte de facultad genuina, intransferible e incontrolable de selección o descarte de los medios probatorios producidos en el plenario. Ni puede confundirse, tampoco, con la valoración de la prueba, desplazando las exigentes cargas de justificación que incumben al juez de instancia. La inmediación no blindará a la resolución recurrida del control cognitivo por parte del tribunal superior...

...Contenidos devolutivos propios de la apelación que, como anticipábamos, sirven para delimitar también el espacio que le corresponde al recurso de casación cuando el motivo cuestiona, por la vía del artículo 852 LECrim , la valoración probatoria efectuada por el tribunal ad quem."

Partiendo de lo anterior aprecia la sala, de forma discrepante con la de instancia, que no puede entenderse acreditado que el acusado tuviese conocimiento de que la persona con la que contacta fuese menor 16 años.

Se llega a esta conclusión tras una detenida deliberación sobre el supuesto enjuiciado teniendo en cuenta que es el menor el que se hace pasar por mayor de edad al suscribirse a una página de contactos que solo admite a mayores. Esta circunstancia, de inicio, provoca la presunción en el acusado de que la persona con la que se cita

no es menor. A partir de este dato hay que plantearse sobre lo que le era exigible o pudo o debió plantearse el acusado una vez que el menor entra en su vehículo.

Lo anterior nos sitúa en el debate de la concurrencia de un posible error de tipo, y su engarce en el elemento intelectual de dolo, que, dado su ámbito interno, únicamente cabe inferir a través de las circunstancias concurrentes sí perceptibles y acreditadas.

La Sala no desconoce las exigencias jurisprudenciales, ciertamente estrictas, en orden a la apreciación de un error, y que vienen a requerir una cuasi certeza de que no concurre duda alguna en el agente.

En este sentido la STS 694/2021 de 15 de Septiembre :

" El error de que habla el art. 14 CP exige certeza, o quasi certeza: un conocimiento equivocado pero seguro. Si el sujeto actúa con dudas serias sobre la concurrencia de un elemento típico, que prefiere no llegar a conocer, no puede ser disculpado por ese error consciente; o, mejor, buscada situación de error. Es supuesto asimilable al dolo eventual: STS de 2 de junio de 2015 : la sospecha de ilicitud excluye el error (vid igualmente STS 684/2018, de 20 de diciembre).

La duda, no casa bien con el concepto de creencia errónea. La creencia, para que sea propiamente tal, ha de ser firme, es decir, indubitada, un conocimiento equivocado. Una actitud de indiferencia o desprecio frente a la alta probabilidad de la antijuricidad de la conducta no sería error. Como ha tenido ocasión de decir reiteradamente esta Sala la reacción ante la duda fundada (no ante la duda remota) debería ser no actuar, en lugar de actuar. Si se plantea la alternativa de que su acción puede ser, con un alto grado de probabilidad, típica debe abstenerse de ejecutar el comportamiento probablemente delictivo.

Dice al respecto la STS 163/2005, de 10 febrero : "cuando dicha información -la encaminada a solventar la incertidumbre sobre la licitud- en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia". El error, ha de ser firme, sin atisbo de duda razonable, pues si hay duda, no hay error, abriéndose paso la imputación del delito a título de dolo eventual.

Y la STS 123/2001, de 5 febrero : "El concepto de error o el de creencia errónea excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme, y por ello si hay duda sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal, no se puede hablar de error en el tipo, sino de dolo eventual".

Y, por fin, la STS 97/2015, de 24 de febrero (y con ella las SSTS 478/2019, de 14 octubre y 245/2019, de 13 mayo) : "cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción, la pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales".

Además, esta misma sentencia nos recuerda esa labor indagadora del elemento intelectual que analizamos a través de las circunstancias perceptibles:

"En primer lugar, debemos destacar que es posible, debatir desde la presunción de inocencia si la conclusión alcanzada por la Sala en ese concreto punto cuenta con base probatoria suficiente. Como recordaba la STS 722/2020, de 30 de diciembre , refiriéndose precisamente a un caso de error, todo lo atinente a los elementos internos o psicológicos, o intelectivos, o intencionales y volitivos (conocimiento, ignorancia, error, su superabilidad o no...) es materia perteneciente a la quaestio facti . Por tanto, su cuestionamiento en casación ha de hacerse no a través del art. 849.1º, como se admitió durante mucho tiempo (doctrina de las inferencias o juicios de valor), sino mediante la invocación de la presunción de inocencia. Hace años -y tomamos aquí prestado el discurso de la STS 654/2018, de 14 de diciembre - que la jurisprudencia abandonó la idea de que los elementos subjetivos, como es el dolo, constituirían juicios de valor susceptibles de ser revisados a través del art. 849.1º LECrim . Esa visión, muy funcional en épocas en que la presunción de inocencia no operaba en casación, bien analizada, carece de rigor.

Estamos ante datos fácticos aunque se trate de elementos psicológicos o internos no perceptibles sensorialmente. Justamente por ello habitualmente se acreditan a través de indicios, es decir deduciéndolos de datos externos demostrados a través de testigos o documentos. Cuando operan contra reo serán revisables esos elementos invocando la presunción de inocencia: insuficiencia o inaptitud de la prueba practicada para afirmar de forma concluyente la presencia de ese elemento interno; en este caso, el conocimiento de la edad inferior a los dieciséis años de Manuela."

En consecuencia, el elemento subjetivo del tipo, por el que se formuló acusación y condena, exige que el dolo del autor abarque el componente de que la víctima tenía menos de 16 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trataba de un menor de 16 años, dolo que, según constante jurisprudencia, puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia.

En este sentido la Sentencia de la Sala 2ª del TS 320/2017 de 4 Mayo 2017 precisa que: " Conforme a esta idea, el error sobre la edad de la víctima en los delitos de abusos sexuales no debe ser etiquetado, en principio, como un error de prohibición (art. 14.3 CP), sino como un error de tipo (art. 14.1 CP). El delito por el que se formulaba acusación por el Fiscal y por la defensa de la víctima exige, a la vista del art. 183 del CP , afectado en su redacción inicial por las reformas operadas por las leyes orgánicas 11/1999, 21 de mayo, 15/2003, 25 de noviembre, 5/2010, 22 de junio y 1/2015, 30 de marzo, que el sujeto abarque con el dolo que la menor con la que está manteniendo relaciones sexuales es, en función del arco de vigencia de cada una de aquellas leyes, menor de 12, de 13 o de 16 años".

Pues bien, en el presente caso, además de la declaración del propio acusado en este sentido, nada le podía llevar a sospechar, a la vista de las conversaciones de WhatsApp mantenidas, la ausencia de conocimiento previo de ningún tipo, la práctica ausencia de diálogo dentro del vehículo y el muy breve espacio de tiempo que duro el encuentro (unos 11 minutos). Además, el joven llevaba puesta una mascarilla que no se llegó a quitar completamente en ningún momento, según reconoce, al igual que reconoce no haberle dicho la edad, siendo igualmente significativo, de que no quisiese denunciar, ni se sintiese engañado, según sus propias manifestaciones. Entro en el vehículo en el punto concertado y desde allí se dirigen a un parking público de pago y con cámaras, en la zona exterior , y a plena luz, contiguo a unos 50 m del punto de recogida, donde ambos pasaron de los asientos delanteros a los traseros, y ya en esta ubicación el joven se dedica durante unos minutos a contestar whatsapps de sus amigas que se encontraban en las inmediaciones. Además, la estatura y corpulencia del menor era superior a la del acusado siendo difícil distinguir la edad en esa franja, teniendo en cuenta las diferencias de apariencia física entre individuos.

En relación con la doctrina sobre el error la STS 839/2021 de 30 de Septiembre, enseña:

"La doctrina sobre el error como causa de exclusión del dolo - error de tipo - o como presupuesto excluyente de la culpabilidad -error de prohibición- ha sido ampliamente abordada por esta Sala (cfr. SSTS 737/2007, 13 de septiembre ; 411/2006, 18 de abril ; 721/2005, 19 de mayo ; 709/1994, 28 de marzo ; 873/1994, 22 de abril , entre otras muchas).

El dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho, que comprende también la significación antijurídica de la acción y el alcance de su resultado. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que se correspondería a la ignorancia (SSTS 753/2007, de 2 de octubre , 1238/2009, de 11 de diciembre).

Del mismo modo, hemos manifestado que el error sobre la edad de la víctima en los delitos de abusos sexuales no debe ser etiquetado, en principio, como un error de prohibición, sino como un error de tipo (STS 320/2017, de 4 de mayo). El error de tipo, por tanto, excluye el dolo y su prueba corresponde al que lo alega (STS 478/2019, de 1 de octubre)."

En consecuencia, cabe plantearse, como anticipábamos, la cuestión de la diligencia que le era exigible al acusado, o, en un plano anterior, si la situación le provocó alguna duda que desdeñó o, ni siquiera las circunstancias descritas provocaron en su fuero interno la duda sobre la edad del joven, partiendo de la presunción generada de que fuese una cita concertada a través de una aplicación para adultos.

Sin duda la resolución a esta reflexión resulta compleja, pero las circunstancias del caso, muy específicas, no permiten efectuar una interpretación contraria a la presunción de inocencia. En este sentido la STS 487/2022 de 18 de Mayo nos recuerda:

" Como nos enseña la mejor doctrina, 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 la probabilidad concluyente -la conclusividad- que exige el mencionado estándar -vid. STS 229/2021, de 11 de marzo , 139/2022, de 17 de febrero " -.

Pero es que, además, la consecuencia de la concurrencia del error de tipo vencible como el presente, tratándose de un delito doloso que no admite comisión imprudente conduce igualmente al dictado de un pronunciamiento absolutorio.

Es por ello que la sala se decanta por apreciar la insuficiencia probatoria para la condena, es decir por apreciar, con acogimiento del motivo, la vulneración, por parte de la sentencia impugnada, de la presunción de inocencia, al no tener en cuenta que el acusado incurrió en un error de tipo vencible provocado por las circunstancias descritas, lo que, con independencia del acto sexual que se da por acreditado, impide apreciar la concurrencia de

una conducta dolosa ,pues la prueba conduce a tener por acreditado el desconocimiento por el acusado de ese elemento sustancial del tipo, que genera la exoneración en los términos expuestos.

En este sentido se echa en falta la presencia del menor en la vista oral, a pesar de haber sido expresamente solicitada lo que hubiese permitido apreciar a través de la intermediación su apariencia física, algo que solo pudo efectuarse a través de la visualización de la prueba pre constituida.

Por su parte la defensa, en orden acreditar ese posible error, aportó un testigo, mayor de edad, con una apariencia física de una edad muy inferior suscitando, en efecto, esa duda razonable que impide una condena respecto del acusado.

En definitiva, el acogimiento del motivo, hace innecesario entrar en el análisis del resto de las cuestiones suscitadas, debiendo dictarse sentencia absoluta.

Quinto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de enjuiciamiento criminal, se declaran de oficio las costas del procedimiento.

En atención a lo expuesto, en nombre de S. M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Carlos contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lugo de fecha 19/05/23, en el Procedimiento Ordinario número 12/2022, debemos revocar ésta y en su virtud debemos absolver y absolvemos a D. Carlos de cualquier responsabilidad derivada de los hechos enjuiciados, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.