



SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
 C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 3ª)
 Las Palmas de Gran Canaria
 Teléfono: 928 42 99 30
 Fax: 928 42 97 76
 Email: s01audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Procedimiento abreviado
 Nº Rollo: 0000064/2019
 NIG: 3502643220180000248
 Resolución: Sentencia 000416/2019

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000087/2018-00
 Jdo. origen: Juzgado de Instrucción Nº 3 (antiguo mixto Nº 8) de Telde

<u>Intervención:</u>	<u>Intervinientes:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Denunciante		Monica Romero Ruiz	Marcos Ventura Armas
Acusado			
Perjudicado			

SENTENCIA

SALA Presidente. MIGUEL ÁNGEL PARRAMÓN

Magistrados

D. PEDRO JOAQUIN HERRERA PUENTES

D^a. MÓNICA HERRERAS RODRÍGUEZ (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 2 de diciembre de 2019

Esta sección 1ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas ha visto en juicio oral y público la presente causa del Procedimiento abreviado número 87/2018 instruida por el Juzgado de Instrucción Nº 3 de Telde que ha dado lugar al Rollo de Sala 64/2019 por el presunto delito de abusos sexuales, contra D. Juan en la que son parte el Ministerio Fiscal, en ejercicio de la acción pública, y el acusado de anterior mención, representado por el/la Procurador/a de los Tribunales D./Marcos ventura Armas y defendido por el Letrado siendo ponente Dña. Mónica Herreras Rodríguez quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes diligencias se iniciaron en el Juzgado de Instrucción indicado en el encabezamiento de esta sentencia, tramitándose el procedimiento correspondiente y habiéndose celebrado en esta Sección de la Audiencia Provincial de Las Palmas la vista oral los días 27 y 29 de noviembre de 2019, con el resultado que obra en el acta levantada al efecto y que se encuentra unida a las actuaciones.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas efectuadas oralmente en el acto del Juicio, y ratificando sus conclusiones provisionales, consideró que los hechos denunciados son constitutivos de dos delitos de abuso sexual a menores del artículo 183.1 y 4. d) del Código Penal, del que considera autor al acusado **D. Juan**, a tenor de lo dispuesto en los arts. 27 y 28 del C.P, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podría llevarse a cabo previa disposición de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



responsabilidad criminal; interesando para imponer al acusado, por cada uno de los dos delitos, la pena de prisión de **cinco años**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, de acuerdo con el **artículo 56.1.2º del Código Penal**; la **medida de libertad vigilada consistente en el sometimiento a programas de educación sexual durante siete años**, de conformidad con el **artículo 192 del Código Penal** y, de acuerdo con el **artículo 192,3 párrafo segundo del Código Penal**, la **inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 14 años**. Así mismo, al amparo del **artículo 57.1 del Código Penal** en relación con el **artículo 48 del mismo texto legal**, la prohibición de aproximarse a () : a una distancia de 500 metros, a su domicilio, lugar de estudio o cualquier otro frecuentado por ella o en el que se encuentre, y la prohibición de comunicarse con por cualquier medio,

directo o indirecto, ambas prohibiciones durante un periodo de **QUINCE AÑOS**. Costas.

Asimismo interesa que el acusado **D. Jua** indemnice a C

a través de su representante legal de la menor, en la cantidad de 3.000 euros por daños morales, cantidades que devengarán el interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.- Por su parte, la Defensa del acusado, presento escrito de conclusiones finales, manteniendo la libre absolución del mismo y reitero las cuestiones previas formuladas en el juicio, nulidad de las actuaciones y de la vista oral

CUARTO.- Tras los informes finales y la última palabra del acusado quedaron los autos vistos para sentencia, procediéndose a su deliberación y votación, siendo ponente la Ilma. Sra. Doña Mónica herreras Rodríguez, quién expresa el parecer de la Sala.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Estando probado y así se declara que el acusado **Juan I** , en el **verano del año 2016**, conociendo la escasa edad de la menor y su incapacidad para prestar su consentimiento, tocó los genitales de su sobrina menor de edad, (

: (nacida el 2 de diciembre de 2006), cuando ambos se hallaban en el domicilio de ésta, sito en el paseo de Montaña de Inagua del término municipal y partido Judicial de Telde. De igual forma, el 4 de enero de 2018, cuando se hallaban en el vehículo del acusado en el que esta la había trasladado hasta su domicilio, tocó nuevamente los genitales de la menor (

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestiones previas.

En el acto de juicio oral la defensa del acusado suscitaba una serie de cuestiones previas que fueron resueltas por la Sala debidamente tal y como consta en la grabación, procediendo ahora llevar a esta resolución la decisión sobre las mismas.

-En primer lugar, se suscitaba por la defensa la nulidad de las actuaciones y de la vista oral por cuanto la menor declaro en comisaria (en soporte de audio al folio 20 de las actuaciones) sin



100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000



cumplir los requisitos establecidos por la Ley. E igualmente, sostiene, que la exploración de la menor ante el Juez Instructor (al folio 37 de las actuaciones) se realizó sin presencia de la defensa, remitiendo expresamente a la STS 19/2013 en la que se sostiene que en caso de menores de edad, el letrado debe de estar presente en la declaración.

Pues bien, aun siendo cierto que no es lícito dificultar a la defensa la intervención en la práctica de las pruebas ni en las diligencias de investigación. El artículo 767 de la LECrim dispone de forma clara que desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada, y el artículo 118 de la misma ley reconoce el derecho de intervenir en las actuaciones que asiste a toda persona a la que se atribuya un hecho punible, desde que se le comunique la existencia de la causa, lo que habrá de hacerse a la mayor brevedad posible ("inmediatamente", artículo 118.5LECrim). Cuando se trata de menores, especialmente cuando según la denuncia han sido víctimas de delitos contra la indemnidad sexual, es conveniente proceder a su exploración, en sede judicial, mediante el concurso de expertos, adoptando las necesarias medidas de protección, generalmente consistentes en realizar la exploración en sala independiente, con comunicación visual y de audio con la que ocupe el Juez y las partes, y garantizando la posibilidad de contradicción, para lo cual es imprescindible dar a las partes la oportunidad de estar presentes y de efectuar las preguntas que consideren oportunas, siempre que sean consideradas pertinentes por el Juez, a través del cual se trasladarán al experto para que las formule a la persona explorada en la forma que considere más conveniente. La ley (artículo 433 de la LECrim) exige estas garantías para que, al tiempo que se protegen los intereses de la persona menor de edad, se asegure la eficacia de los derechos del imputado. De forma que la exploración deberá ser grabada por medios audiovisuales, y en el caso de que no resulte posible o procedente el interrogatorio de las víctimas en el plenario, deberá procederse a la visualización de esa grabación.

En la STS 19/2013, de 9 de enero, a que hace mención , la defensa se reitera que "que nuestra jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico".

Por lo que se refiere a la declaración de la menor en la comisaria señalar que en la sentencia del T.S. de 29 de abril de 2.019 expone que: "Ha sido una constante jurisprudencial la afirmación de que las declaraciones prestadas ante la policía, su grabación audiovisual o su documentación por escrito carecen de valor probatorio alguno, porque no han sido realizadas a presencia judicial. Sólo en el caso de que hayan sido ratificadas a presencia judicial y con intervención de las partes, pueden acceder al juicio oral, bien por el cauce del artículo 730 de la LECrim , en el caso de que el declarante no pueda comparecer en juicio, bien por el cauce del artículo 714 del mismo texto legal , cuando se aprecien contradicciones entre lo declarado en fase sumarial y lo declarado en el juicio. Las declaraciones prestadas en sede policial sin intervención judicial, cuando no han sido ratificadas durante la fase de instrucción, ni siquiera pueden acceder al juicio a través de los testimonios de referencia de los agentes policiales que las tomaron o presenciaron. En apoyo de estas manifestaciones citaremos la STC 68/2010, de 18 de octubre , en la que con meridiana claridad se indica lo siguiente: "b) No obstante, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

las declaraciones prestadas en sede policial. Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que "dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim" (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre , FJ 2 ; 303/1993, de 25 de octubre , FJ 4 ; 79/1994, de 14 de marzo , FJ 3 ; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5 ; 188/2002, de 14 de octubre , FJ 2).Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción (SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3 ; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5 ;188/2002 , FJ 2).Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepitibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial. Así, en la STC 79/1994, ya citada, manifestamos que "tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que "las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales" (STC 217/1989). Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria" (FJ 3).La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, y206/2003, de 1 de diciembre. En tales resoluciones afirmamos que "a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo" (STC 51/1995 , FJ 2) [...]. Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial" (SSTC 51/1995 , FJ2 ; 206/2003 , FJ 2 d)[...]).Esta línea jurisprudencial fue objeto de matizaciones en dos sentencias posteriores. En la STC 165/2014, de 8 de octubre , el máximo intérprete constitucional mantuvo que una declaración policial que sea contradicha posteriormente ante el juez puede justificar la llamada de los agentes para que aclarar en el desarrollo y contenido de la declaración. Se afirmó que para que la declaración policial tuviera valor debían comparecer a juicio los agentes para su ratificación y que podía ser incorporada como prueba documental por la vía del artículo 714 de la LECriminal , en caso de contradicción entre lo declarado ante la policía y lo declarado en el juicio. Ante las dudas suscitadas por las nuevas sentencias del Tribunal Constitucional, esta Sala adoptó el 3 de junio de 2015 un Acuerdo no Jurisdiccional fijando su doctrina con el siguiente alcance: "Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECrim . Ni cabe su utilización como prueba





1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200

preconstituída en los términos del art. 730 de la LECrim .Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron". Posteriormente la STS 447/2015, de 29 de junio , entre otras muchas, asumió la doctrina del Acuerdo no Jurisdiccional, que no ha sido modificada. Por su claridad citaremos algunos de los pasajes más relevantes para la cuestión que nos atañe. Por su parte, esta Sala de casación ya recogió en las sentencias 1117/2010, de 7 de diciembre , 546/2013,de 17 de junio , y 715/2013, de 27 de septiembre , la referida doctrina de la sentencia 68/2010 del Tribunal Constitucional. En estas resoluciones se dijo que la declaración policial de un coimputado o de un testigo no ratificada después en la fase judicial de instrucción ni tampoco en la vista oral del juicio no puede operar como prueba de cargo, pues no cumplimenta los cuatro requisitos que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para poder valorar las diligencias sumariales en la sentencia como prueba inculpativa. Esta Sala señaló que la argumentación de la STC 68/2010 se consideraba razonable y coherente con su doctrina sobre las garantías en el proceso penal, pues en el derecho procesal moderno siempre se ha considerado que la investigación policial es una fase preliminar o preprocesal del auténtico proceso que poco tiene que ver realmente con este. Y es más, incluso se ha asumido que la fase de instrucción no integra el auténtico proceso, sino una preparación del mismo. Igualmente, se ha venido entendiendo sin discrepancias relevantes al respecto que las actuaciones policiales se practican en un marco extraprocesal en el que las garantías del justiciable aparecen constreñidas, por lo que los datos que se obtienen en una investigación policial carecen, salvo excepciones puntuales, de eficacia probatoria. En efecto, desde la perspectiva garantista que adopta la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha fijado una línea fronteriza con importantes connotaciones valorativas entre lo que es el proceso penal y la investigación policial previa. Y es que la implicación de la policía en la investigación y el afán lógicamente inquisitivo con que opera en el ámbito extraprocesal ubica la labor policial lejos de los parámetros propios de la imparcialidad y la objetividad que han de impregnar el auténtico proceso, parámetros que el TC solo atribuye a la autoridad judicial (ver STC 68/2010 , ut supra). Deben, por tanto, deslindarse de forma ostensible las diligencias que se practican en el marco de una dependencia policial y aquellas otras que tienen lugar en un juzgado de instrucción. Pues la dosis de constreñimiento y presión ambiental con que se realizan algunas diligencias en un recinto policial poco tienen que ver con las garantías con que se opera en el marco judicial propio del proceso penal. En este sentido, los profesionales que intervienen en el proceso son plenamente conscientes de los matices inquisitivos que albergan las diligencias policiales, ya sea por enfatizar los datos inculpativos que afloran en la investigación en detrimento de los exculpativos, ya por intervenir en algunos supuestos de forma activa en el resultado de la investigación a través de sugerencias y matizaciones que resultan incompatibles con las exigencias de objetividad e imparcialidad que requiere una diligencia que pretenda operar con eficacia probatoria en el juicio oral

Pues bien, que en un contexto inquisitivo de esa índole (SSTC 136/1992 y 142/1997) se





100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000



reciba una declaración policial a un imputado o a un testigo y, a la postre, esa diligencia acabe operando de forma sustancial como prueba de cargo en un juicio penal, contradice los principios sustanciales del proceso debido. Así las cosas, no puede extrañar que en la referida sentencia 68/2010 del Tribunal Constitucional se afirme que "tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase "preprocesal" que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía". Esta Sala ha insistido en diferentes resoluciones, aparte de las ya citadas, en que toda sentencia que construya el juicio fáctico de autoría basándose en una declaración autoincriminatoria o heteroincinatoria prestada en sede policial, se apartará no sólo del significado constitucional del derecho a la presunción de inocencia, sino del concepto mismo de "proceso jurisdiccional", trasmutando lo que son diligencias preprocesales –que preceden al inicio de la verdadera investigación jurisdiccional- en genuinos actos de prueba. La posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial (SSTS 483/2011, de 30-5 ; 234/2012, de 16-3 ; 478/2012, de 29-5 ; 792/2012, de 11-10 ; 220/2013, de 21-3 ; 256/2013, de 6- 3 ; 283/2013, de 26-3 ; 546/2013, de 17-6 ; y 421/2014 , de 16- 5 , entre otras).Muy recientemente, al haberse dictado dos nuevas sentencias por el TC, las sentencias 164/2014, de 8 de octubre , y 33/2015, de 2 de marzo , cuyo contenido introduce ciertos matices que parecen propiciar algunos efectos incriminatorios a las declaraciones policiales sometidas a contradicción en la vista oral del juicio, se ha celebrado un Pleno no Jurisdiccional de esta Sala con el fin de establecer una línea interpretativa que defina el criterio a adoptar ante una declaración incriminatoria o autoincriminatoria prestada en sede policial. En efecto, en las dos referidas sentencias del TC que se acaban de citar se apunta la posibilidad de que las declaraciones policiales sean sometidas a contradicción en la vista oral del juicio y que se le pueda pedir explicaciones al imputado sobre sus modificaciones o contradicciones en que hubiera incurrido Y, además, sea firme que una declaración policial no puede integrar prueba de cargo "por sí sola" o fundamentar una condena con su "exclusivo apoyo", y también se hace referencia a posibles efectos en el ámbito de la "credibilidad" del sujeto que incurre en alguna contradicción entre su declaración policial y la judicial. Incisos jurisprudenciales que parecen inconciliables con otros apartados de las mismas sentencias en los que se remarca que las declaraciones autoinculpatorias prestadas en diligencias policiales no tienen ningún valor probatorio. Por tanto, las declaraciones ante la policía carecen de valor probatorio y no pueden ser utilizadas para corroborar otros medios de pruebas, como las declaraciones que presten en el juicio los que declararon ante la policía. Tampoco pueden ser introducidas en el juicio como documental cuando el testigo no pueda comparecer a juicio o cuando el testigo introduzca en el juicio manifestaciones contradictorias con las prestadas en sede policial (artículos 730 y 714 de la LECrim) y tampoco pueden ser introducidas en el juicio mediante el testimonio de referencia de los agentes policiales que las presenciaron. A efectos probatorios son inexistentes.

Por todo ello, en el caso que nos ocupa observamos que la menor ha declarado en el acto del juicio y su declaración en sede policial no tiene otro valor distinto al de denuncia o puesta en conocimiento de la autoridad de la notitia criminis, sin que por ello se vulnere obviamente el



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100



derecho de contradicción de la defensa.

Por lo que respecta a la exploración de la menor en instrucción, a través de los arts. 433, 448, 455, 707, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECrim, es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio".

Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (SSTEDH caso P. S. contra Alemania; caso W. contra Finlandia; caso D. contra Finlandia), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral.

En la delimitación precisa de cuales hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, en la que señala "... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior". Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse.

En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del TEDH que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior.

De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso."



La difusión del texto de esta resolución a cartas no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disposición de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y por pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial reser de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a los leyes.



Ahora bien en el caso, la cuestión se presenta con algunos matices de interés. En primer lugar, no consta documentado en forma alguna que la defensa hubiera intentado intervenir en la diligencia de exploración y que no le fuera permitido por el Juez. No se pone en duda la palabra del letrado, pero tratándose de una diligencia documentada no puede prescindirse de que en ella no aparece ningún impedimento para la intervención del letrado de la defensa ni tampoco se hace constar protesta alguna por la decisión del Juez impidiéndole tal participación. Por ello, si la defensa tuvo la oportunidad de comparecer e intervenir en la exploración realizada como diligencia de investigación, sin que conste documentado que se le pusiera impedimento alguno, no se ve afectado el principio de contradicción, máxime cuando la testifical de la menor se ha practicado en el acto del juicio oral y pudo ser interrogada por la defensa, a los efectos de garantizar el principio de contradicción.

-En segundo lugar interesó la nulidad de las actuaciones al entender vulnerado su derecho de defensa en relación con los informes psicológicos emitidos por los psicólogos del instituto de medicina legal y forense que, según el recurrente, se llevaron a cabo sin conocimiento ni participación de la defensa y al no haberse dado traslado al letrado del segundo informe forense aportado a las actuaciones sino tan solo dos semanas antes a la celebración de la vista.

No es discutible que la defensa puede intervenir en la práctica de las pruebas de cargo y tiene derecho a la efectividad del principio de contradicción. Sin embargo ello no quiere decir que, para la validez de las pruebas de cargo que se practiquen en el juicio oral, sea preciso que haya intervenido en las diligencias de la instrucción, cuando sean reproducibles en el plenario y en este segundo momento se garantice la posibilidad de participación. En relación a los testigos de cargo, el TEDH ha señalado en numerosas ocasiones que lo relevante es que la defensa tenga una oportunidad para interrogarlos, bien en el momento en que prestan la primera declaración, bien en el plenario o bien, en general, en otro momento. En el caso, se emitieron los informes sobre la menor sin que en ellos interviniera la defensa o un perito designado por ella, lo cual no impide que en el momento en que tales informes son ratificados, aclarados, precisados o complementados en el plenario, que es cuando verdaderamente se practica la prueba, la defensa tenga la oportunidad de interrogar a quienes los hayan emitido, haciéndoles las preguntas o requiriéndoles las aclaraciones, precisiones o complementos que tenga por conveniente y que el Tribunal considera pertinentes. Por lo tanto, en la medida en que la defensa ha podido proponer como prueba la declaración de los autores de dichos informes y nada le ha impedido participar en su interrogatorio en el curso del plenario, el hecho de que no hubiera podido intervenir en la fase de instrucción no supone una vulneración de sus derechos que pueda considerarse causante de indefensión, máxime cuando ha tenido conocimiento de los mismos por estar unidos a las actuaciones con suficiente antelación a la celebración de la vista, y encontrándose en todo momento las citadas actuaciones a su disposición en la sede de este Tribunal.

SEGUNDO.- Valoración de la prueba

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de abusos sexuales a menor de dieciséis años, previsto y penado en el artículo 183.1 del CP, según redacción dada al mismo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, del que consideramos autor al acusado Juan , a tenor de lo dispuesto en los arts. 27 y 28 del C.P.



1100
1101
1102
1103
1104
1105
1106
1107
1108
1109
1110
1111
1112
1113
1114
1115
1116
1117
1118
1119
1120
1121
1122
1123
1124
1125
1126
1127
1128
1129
1130
1131
1132
1133
1134
1135
1136
1137
1138
1139
1140
1141
1142
1143
1144
1145
1146
1147
1148
1149
1150
1151
1152
1153
1154
1155
1156
1157
1158
1159
1160
1161
1162
1163
1164
1165
1166
1167
1168
1169
1170
1171
1172
1173
1174
1175
1176
1177
1178
1179
1180
1181
1182
1183
1184
1185
1186
1187
1188
1189
1190
1191
1192
1193
1194
1195
1196
1197
1198
1199
1200

Valorando en conciencia y en conjunto toda la prueba practicada, sometida a la debida contradicción de las partes y con sustento en la percepción directa de las declaraciones practicadas en el juicio oral, incluyendo pues la versión exculpatoria del acusado, esta Sala ha llegado a la plena y absoluta convicción de que los hechos objeto de acusación se produjeron efectivamente, y en la forma en que han sido expuestos en la declaración de hechos probados.

Comenzando por la declaración de la menor perjudicada, el Tribunal Supremo viene manteniendo especiales cautelas cuando la única prueba de cargo para desvirtuar el principio de presunción de inocencia viene constituida por la declaración de la víctima, ya que en tal caso debe ponderarse al tiempo el interés del Estado en perseguir todo tipo de infracciones penales, incluyendo aquéllas que se cometen buscando especiales circunstancias de tiempo y/o lugar que dificulten la existencia de vestigios objetivos al no haber más versión (aparte obviamente de la del denunciado) que la de la víctima, y el derecho fundamental a la presunción de inocencia de la que goza todo acusado, que se revela como una carga para quién sostenga la acusación, en el sentido de que deberá acreditar cumplidamente la realidad de los hechos en los que se apoya. En base a esta jurisprudencia, la consideración de prueba de cargo de la declaración de la víctima como suficiente para enervar la presunción de inocencia precisará de los siguientes presupuestos:

1º) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2º) Verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio –declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso– sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim). En definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho; y

3º) persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (SsTS 1.422/04, de 2 de febrero, 1.536/04, de 20 de diciembre, y 224/2005, de 24 de febrero).

Conviene precisar, como pone de manifiesto la última de las sentencias citada, que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa, dice la STS de 19 de marzo de 2003, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de ésta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro





10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100



cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aún teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

Más concretamente señala la Sala Segunda (STS 950/2009, de 15 de octubre) <<que el convencimiento del juzgador puede perfectamente lograrse por la declaración de un solo testigo, aunque ésta sea la propia víctima, bien entendido que, en contra de lo que se apunta en el motivo, la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo (SS. 706/2000, 313/2002, 339/2007 de 30.4), como del Tribunal constitucional (SS. 201/89, 173/90, 229/91), atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen estos delitos contra la libertad sexual, impiden en ocasiones disponer de otras pruebas, que es por tanto, prueba lícita y suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Encontrada en la prueba testifical, su valoración corresponde al Tribunal de instancia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre los hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el Tribunal de instancia forma su convicción no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.”

Más pormenorizadamente y en relación con tales criterios, se señala por la Sala Segunda – STS 480/2012, de 29 de mayo, entre otras muchas- - lo siguiente:

a) Respecto al criterio de la incredulidad tiene, como señala la *sentencia de 23 de septiembre de 2004*, dos aspectos subjetivos relevantes:

a”) Las propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

b”) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatória sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones, pues a nadie se le escapa, dicen las SSTS. 19.12.2005 y 23.5.2006, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza, enemistad o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aún teniendo estas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva. Es por cuanto si bien el principio de presunción de inocencia impone en todo análisis fáctico partir de la inocencia del acusado, que debe ser desvirtuada fuera de toda duda razonable por la prueba aportada por la



10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000



acusación, si dicha prueba consiste en el propio testimonio de la víctima, una máxima común de experiencia le otorga validez cuando no existe razón alguna que pudiese explicar la formulación de la denuncia contra persona determinada, ajena al denunciante, que no sea la realidad de lo denunciado.

b) Por lo que a la verosimilitud del testimonio se refiere y siguiendo las pautas de la citada *sentencia de 23 de septiembre de 2004*, aquella, la verosimilitud, debe estar basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:

a") La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

b") La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (*Sentencias de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997*). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim.), puesto que, como señala la *sentencia de 12 de julio de 1996*, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

c") Por último, en lo que se refiere a la persistencia en la incriminación, y siguiendo la doctrina de la repetida sentencia, supone:

1) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones» (*Sentencia de 18 de junio de 1998*).

2) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

3) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

En todo caso los indicados criterios no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que estos factores de razonabilidad valorativos representen.



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100



Por ello -como decíamos en las SSTs. 10.7.2007 Y 20.7.2006- la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatórios, no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones.

La STS 821/2015, de 23 de diciembre señala que *"Como advierte esta Sala Segunda, ante la frecuencia de alegatos con similar argumentario (vd por todas STS núm. 61/2014, de 3 de febrero , reiterada en otras como la 483/2015. de 23 de julio) que como puede fácilmente comprenderse, resulta totalmente inevitable que al comparar las declaraciones que presta un testigo en la fase de instrucción con las que hace después en la vista oral del juicio afloren algunas diferencias, omisiones y contradicciones.*

En primer lugar, porque el sujeto que declara no retiene en la memoria las mismas imágenes, datos concretos y palabras en un primer momento, a las pocas fechas de haber sucedido los hechos, que cuando ha ya transcurrido cierto tiempo.

En segundo lugar, un mismo hecho no es nunca relatado o expuesto con las mismas palabras en dos ocasiones distintas por una misma persona, incluso aunque transcurra escaso margen de tiempo entre la primera y la segunda declaración.

Y por último, también resulta obvio que la persona que transcribe la declaración en el acta no plasma literalmente todo su contenido, sino que trastoca, modifica y varía de forma involuntaria e inconsciente los vocablos, las expresiones y los propios giros lingüísticos utilizados por el testigo, alteración muy difícil de evitar en muchos supuestos, pero que acaba afectando ineluctablemente al contenido del testimonio prestado.

Partiendo, pues, de esa premisa empírica incuestionable, no cabe desvirtuar de plano un testimonio por la circunstancia de que no coincida literalmente con otro anterior prestado por el mismo sujeto en la causa o con el de otro testigo, ya que de ser así parece claro que la eficacia de la prueba de cargo se volatilizaría en la mayoría de los casos. Debe, por el contrario, el juzgador ponderar si las discrepancias entre los dos testimonios compulsados afectan a hechos o datos nucleares o si solo conciernen a circunstancias fácticas periféricas o secundarias, pues en este último caso no puede considerarse que la prueba testifical quede mermada en su virtualidad verificadora."

TERCERO.- Presupuesto lo anterior, esta Sala considera plenamente creíble la declaración inculpatoria de la menor, dado que ésta mantuvo en el acto del juicio un relato coherente, congruente con relatos anteriores más allá de las diferencias en aspectos meramente secundarios que no alteran en lo sustancial el relato principal de los hechos, demostrativo de que no cuenta una realidad implantada sino vivida, como lo denota incluso sus respuestas directas, sin dejar lugar a gestos dubitativos.

Hemos de comenzar señalando que en este caso concreto no existe más prueba directa de los hechos que la declaración de la menor. Estamos pues ante el supuesto de declaración frente a declaración, dado que el resto de testimonios, a lo más, pueden proporcionar, especialmente, el de los hermanos de la perjudicada es la inmediatez temporal de la denuncia con los supuestos hechos acontecidos el 4 de enero de 2018 así como el estado en que se encontraba la misma, en tanto que, A y



100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000



poco pueden proporcionar al no estar tampoco presentes, más allá del legítimo propósito de la defensa, en lo que nos detendremos más adelante, en extraer de su testimonio la posibilidad de que la misma hubiese inventado la historia dada su personalidad “dicharachera” y a su afán por destacar y llamar la atención .

Dicho esto, y comenzando hora por la declaración de la menor, hemos de resaltar como premisa de partida, sustancial, que ningún problema previo tenía con su tío. Su relación con él era buena, de hecho, se veían en contadas ocasiones, dado que, por aquél entonces, el acusado residía en Asturias y solo acudía a la isla de Gran canaria en periodos vacacionales o para asistir a algún evento familiar, coincidiendo los hechos con dos de esas visitas. El propio acusado lo pone de manifiesto en el plenario, y llega incluso a calificar de incomprensible la denuncia dado que el día en que supuestamente ocurrió el tocamiento en la habitación de su sobrina, recuerda vagamente haber estado en la estancia a solas con ella y explica que se dirigieron allí ante la solicitud de la menor que quería enseñarle una muñeca y trata de poner de manifiesto la imposibilidad de llevar a cabo la conducta delictiva ante la presencia en la casa de numerosos familiares, tales como sus hermanas y el padre de la menor que incluso estaría acostado en la habitación contigua. Tan solo admite que pudo haberla alzado hacia el techo. Incluso sostiene que respecto de los hechos que tuvieron lugar el 4 de enero de 2018, si bien es cierto que le pidió el teléfono a la menor lo hizo con la intención de “discriminarla” en la próxima reunión ya que, por su carácter, la menor solía autoinvitarse a las reuniones, cosa que no era del agrado del encausado porque “le apetecía estar tranquilo”. Igualmente sostiene la imposibilidad de haber llevado a cabo el tocamiento en su vehículo ante la escasa movilidad de la que dispondría por las características del mismo y la disposición de los asientos, así como por la presencia d hermano de la menor y también sobrino del encausado, . Tal es así, que la defensa ha venido sosteniendo hasta su informe final que la menor se ha podido inventar los hechos para llamar la atención.

Analicemos ahora desde un punto de vista intrínseco lo que afirma la menor que sucediese, a fin de determinar si ocurrió o no lo que cuenta, o si como sostiene la defensa, la misma pudo haber fabulado los hechos o incluso haber confundido el comportamiento de su tío con tocamientos inadecuados de naturaleza sexual.

Partiendo pues de la ausencia de motivos espurios o de resentimiento que apunten a alguna consciente fabulación de la niña con la intención de atribuir a su tío unos hechos de semejante gravedad y trascendencia.

El relato no parece que sea dirigido mediante preguntas sino que la menor expone la secuencia de lo acontecido aquél día en su cuarto y la razón por la que estaba en esa habitación con su tío, así como lo ocurrido después, el 4 de enero de 2018 en el vehículo del acusado. Su declaración no resulta exhaustiva en cuanto al núcleo sustancial de los hechos.

En cualquier caso, el testimonio directo de la menor, que es la prueba sustancial, máxime en la medida en que razones empíricas demuestran que los relatos referenciales son siempre parciales y profundamente mediatizados por el contexto en que se tienen noticia de los hechos, y de ahí que la jurisprudencia los acoja con muchísimas cautelas -SsTS 463/2012, de 6 de junio, 1010/2012, de 21 de diciembre-, no siendo válidos para sustituir el testimonio directo de la víctima omitido -SsTS 884/2010, de 6 de octubre; 831/2013, de 6 de noviembre-, ni



100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000

cuando contradigan lo que afirma ésta -SsTS 587/2010, de 27 de mayo; 546/2013, de 17 de junio-, sin perjuicio de que puedan valorarse como testigos directos en relación a lo que presencian y captan con sus sentidos, como el estado emocional de la víctima o la constatación de huellas o lesiones en la misma -SsTS 24/2003, de 17 de enero; 508/2007, de 13 de junio; 1.322/2009, de 30 de diciembre-, al margen de que se les pueda prestar especial atención si no es posible contar con el testimonio directo de la víctima y aparece corroborado por otros elementos de prueba.

Entrando en lo que es propiamente el relato directo de la menor, nos encontramos con lo que cuenta en su exploración ante el Juez Instructor, tres semanas después a esa previa exploración por la Policía Judicial -folios 37 a 39-. Comienza su declaración con un relato espontáneo, no dirigido, en que cuenta lo acontecido secuencialmente, y en lo relativo a los tocamientos señala que le toco sus partes por encima del pantalón corto, y en la segunda ocasión, el 4 de enero de 2018 que le tocó metiendo su mano entre el respaldo del asiento y sus partes, lo que no es extraño dada la natural incomodidad de ofrecer detalles que son emotivamente impactantes. En este aspecto no se separa de lo que ya manifestase ante la Policía, reflejo pues de un relato genérico en el que no se entra en detalles exactos de los tocamientos.

Como es de apreciar, nos encontramos pues con el primer relato directo de la menor, no referencial, y además, precisando cuando es requerida para ello en qué consistiesen los tocamientos, siendo dicho testimonio valorable a los efectos de la persistencia en la incriminación sin necesidad de que sea traído expresamente al plenario, cuando de alguna forma se ha insertado en el objeto de debate -STC 80/2003, de 28 de abril; STS 534/2009, de 1 de junio-, y además se trataría de valorar un testimonio previo no para cubrir omisiones en la prueba testifical anticipada o directa en el plenario, lo que sí podría plantear problemas desde la perspectiva de la presunción de inocencia si no son sometidas a debate en el plenario esas previas manifestaciones a instancia de alguna de las partes, sino para cotejar que en realidad lo que afirma en el plenario guarda coherencia en lo sustancial con lo que haya manifestado antes.

CUARTO.- Y retomando ya la valoración probatoria del testimonio de la menor, ya adelantamos que resulta ciertamente contradictoria la línea de defensa sostenida hasta el final y alusiva a que la menor se pudiese haber confundido en relación a la naturaleza de los tocamientos, esto es que considerase equivocadamente como de naturaleza sexual simples cosquillas, cuando su tío la alzo al techo o que fabuló sobre la propia existencia de dichos tocamientos.

Y entrando precisamente en el relato sustancial de la menor en el plenario, es de notar la absoluta coherencia de lo que cuenta con esos relatos anteriores. Cuando relata lo acontecido no lo hace como si tuviese una lección aprendida e implantada que tuviere que repetir, sino que efectúa un relato espontáneo, en que sin embargo de propia mano omite los detalles escabrosos que los evidencia justamente cuando se le impetra que aclare exactamente el alcance de los tocamientos, lo que refleja indudablemente que nunca ha tenido propósito de inventarse nada, y que cuando efectúa un relato libre trata de no explicar con detalles el núcleo sustancial del hecho, que luego ha precisado cada vez que se le ha cuestionado para que entre en detalles. Y ese núcleo esencial del hecho punible, que es lo que en realidad queda implantado en la memoria de cualquier víctima, se ha mantenido invariable hasta el juicio oral.





100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000



Refiere los tocamientos, e insiste con contundencia en que su tío le tocó sus partes, lo que reitera en varias ocasiones. Ya hemos significado que la persistencia en la incriminación es valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones», sin que se exija que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituye un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones.

Nos encontramos con un testimonio con unos amplísimos parámetros de fiabilidad. Y no nos referimos solo al contenido de lo que declara, sino al como declara. La menor dio una impronta de madurez e inteligencia emocional, no derivándose del relato que cuenta que carezca de personalidad. Antes al contrario, explico que el hecho de que no reaccionase inmediatamente la primera vez en que sucedieron los tocamientos, el día del bautizo, se debió a que se sintió rara y no supo reaccionar, pero por eso, la segunda vez, dado el tiempo transcurrido se dio cuenta de que aquello no era normal y se lo contó a su hermana, esa reacción, corroborada por el resto de testigos, denota que algo desagradable tuvo que haber vivido. Por el contrario, en el caso de una niña de unos diez u once años, la reacción no tiene por qué ser la propia de personas adultas. De entrada, verse inmersa en un contexto sexual, que le resulta todavía ajeno, puede generar inicialmente una situación de confusión en orden a identificar si se trataba de un acto que en su grado de madurez pudiera considerar normal o si, por el contrario, no lo era. Esto es, el acto puede aparecer a los ojos de la menor inicialmente inexplicable o inverosímil, de modo que hasta que la invada una sensación de malestar como la que luego la hizo exigir imperiosamente ser oída al respecto por su hermana, pudo, incluso, permitir esa acción posterior del acusado.

La tesis de la defensa necesariamente habría de pasar por el hecho de que la menor idease falsamente este hecho en este aspecto, aunque las testigos María del Carmen y María Victoria Leal Valido, así como la pareja de ésta última, Eulogio García García, parece que quisiera quitar cierta emotividad a la reacción de la menor, como poniendo en evidencia que es una niña con tendencia a fabular y a tener comportamientos sexualizados, por cuanto todos ellos hacen mención a un episodio acontecido entre la niña y el citado testigo Eulogio a quien aquella habría tratado de besar en los labios diciéndole que era su novio, es lo cierto que la niña admite haber bromeado con el mencionado Eulogio sobre “ser novios”, sin embargo como bien señala la psicóloga forense es frecuente apreciar este tipo de conductas en niños que han sido víctimas de abusos sexuales.

Desde esta perspectiva, consideramos plenamente creíble el testimonio de la niña, que es además de rotundo, firme, expresando con sus gestos y mirada que relata unos acontecimientos de los que desgraciadamente ha sido una víctima, y no un relato artificiosamente generado con una ignota o desconocida razón de perjudicar a su tío.

Añadamos, que la percepción no puede desconectarse del resto de criterios valorables en la declaración de la víctima. Esta, como hemos significado, mantenía una buena relación, con su tío, sin motivos para querer perjudicarlo, hasta tal punto que ni siquiera su defensa señale que mienta por algún motivo, sino que parece querer apuntar a un rasgo de su personalidad. Además, si atendemos al relato mismo del acusado conllevaría que justamente no existan razones objetivas distintas a la realidad de los hechos que se juzgan, que los justificase, solo



10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000



entendible pues y precisamente ante la realidad de los acontecimientos que pone de manifiesto.

QUINTO.- Pero es que al margen de lo anterior, no es solo la fuerza convictiva de la declaración de la menor la única base probatoria de cargo concluyente para aseverar como así lo hacemos que los hechos que relata son ciertos, sino que hemos de traer a colación las declaraciones de los testigos, y la pericial psicológica de los forenses, sin que la versión del acusado y sus testigo spuedan considerarse de entidad para desnaturalizar la contundente prueba de cargo practicada.

Comenzando por la declaración de los testigos de cargo, la madre de la menor,-hermana del acusado-, los tíos de ésta y también hermanos del acusado , los dos hermanos de la menor y su primo , ya hemos puesto de manifiesto el rechazo jurisprudencial hacia el testimonio de referencia cuando se dispone del testigo directo - SsTS 24/2003, de 17 de enero; 508/2007, de 13 de junio;587/2010, de 27 de mayo; 546/2013, de 17 de junio. Si embargo, resulta admisible cuando lo que con él se pretende es tratar de apuntalar o de combatir la fiabilidad del testigo directo, o cuando lo que se pretende con el mismo es que ponga de manifiesto circunstancias importantes por él advertidas -lo que en tal caso constituiría un testimonio directo- que incidan directamente en la corroboración de lo declarado por el testigo directo, como a título de ejemplo puede ser que se vea un resultado lesivo inmediato a una discusión, o el estado psicofísico de quién se presenta como víctima.

En tal sentido, la STS 1.322/2009, de 30 de diciembre señala que *"la testifical de referencia sí puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral. El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo - por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-*.

Ello no obsta, tampoco, para que el testigo de referencia puede valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba, sin olvidar que el testimonio de referencia puede tener distintos grados, según que el testigo narre lo que personalmente escuchó y percibió (auditio propio) o lo que otra persona le comunicó (auditio alieno) y que, en algunos supuestos de percepción prueba puede tener el mismo valor para la declaración de culpabilidad del acusado que la prueba testifical directa."

Dicho esto, dos son los aspectos fundamentales del elemento corroborador del testimonio de los hermanos de la niña, relativo, el de la hermana, a como percibió lo acontecido esa noche (4 de enero de 2018) en cuanto a como vio a , partiendo del indiscutible aspecto de que ninguno de ellos viera lo que pasó en el interior del vehículo . Ambos configuran un relato que proporciona solidez a la versión de la menor. El relato de lo que sucediese esa noche, desde el principio, es coherente con lo sostenido por y por . Que el encausado le pidió su numero a la niña, y que esta se viro hacia los asientos de atrás mientras que estaba sentado en la parte trasera, comprobaba que el número era correcto.



ESTADOS UNIDOS MEXICANOS



Ya en relación a lo sucedido después, pone de manifiesto el estado de fuerte agitación de su hermana cuando le dijo que entrase en el baño, con ella y no fue hasta pasados unos minutos de silencio cuando comenzó a contarle que uno de sus tíos le había tocado, siendo que comenzó a decir los nombres de los tíos hasta, que finalmente, al pronunciar el nombre del acusado, la menor confirmó que había sido el mismo, luego pone de manifiesto una situación psíquica objetivamente congruente con un suceso de cierta entidad que debió haber ocasionado un impacto emocional a la menor.

En relación a las manifestaciones de la madre y de los demás tíos de la menor. Ninguno de ellos pone de manifiesto malas relaciones con el acusado. En todo caso, ninguno de ellos ni los hermanos, ni el primo de la menor, refirieron que estemos ante una menor fantasiosa o con tendencias a la confabulación. Evidencian además el estado de fuerte impacto emocional en el que se encontraba la niña cuando les conto lo sucedido.

La defensa cuestionó de alguna forma el modo en que la menor fue sucesivamente contado lo sucedido primero a su hermana, después a su madre, a su tía y a la policía, así como la tardanza de la madre en denunciar. Desde luego que no entendemos que en este supuesto concreto sea relevante este modo de actuar. Ciertamente que ante hechos de esta naturaleza, si no aislar a la menor como si fuere el objeto frío de una prueba, que resulta absolutamente rechazable en cuanto precisamente es necesario en esos momentos, al margen de la probanza del hecho, prestar asistencia psicológica y emocional a quién en ese instante parece una niña víctima de un abuso sexual, sí que podríamos convenir en la conveniencia de que se adopten ciertas cautelas para evitar contaminaciones en el testimonio o el riesgo de alteraciones de relevantes y posibles fuentes de prueba. Sin embargo, como todo, la respuesta a dar debe ser singular, casuística, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Desde esta perspectiva, aunque admitamos la conveniencia de que al menos un funcionario policial especializado en estos temas pudiese acompañar a la menor hasta que fuere examinada por los médicos, arbitrando un modo adecuado para garantizar la debida indemnidad y estabilidad de la misma haciéndose acompañar si fuese necesario por algún familiar directo que le diese amparo, es lo cierto que tal y como se puso de manifiesto lo acontecido, tocamientos, nada apuntaba a la existencia de elementos de prueba respecto de los cuáles debía haberse prestado especial cuidado para garantizar la debida cadena de custodia, como bien puede ser el caso de un abuso o agresión con algún tipo de penetración. De la misma manera, que el contexto de los hechos, con una madre que mantenía buena relación con el acusado, determinaba que a priori no parece que hubiere riesgo de contaminación o de sugestión que pudiese lastrar la espontaneidad en el testimonio de la menor. Es más, examinando la declaración de la madre de la niña, en el mismo juicio oral evidenció seguir teniendo un fuerte lazo afectivo con su hermano, y, por otra parte, respecto al testimonio de la tía, el hecho de que ella, en algún momento, refiriese que la niña le dijo que el acusado había movido los dedos al hacer el tocamiento, nos hace vislumbrar que no existió en modo alguno influencia en el relato de la niña por cuanto en ningún momento la misma ha hecho mención a ese supuesto movimiento de los dedos.

SEXTO.- Entremos ahora en la prueba pericial psicológica obrante al rollo de apelación con fecha de entrada en la sección primera en fecha de 11 de noviembre de 2019, y ratificada en el juicio oral por los dos peritos forenses que lo emitieran.



11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000



De nuevo nos movemos en el terreno de la eficacia probatoria y no de la validez de este medio de prueba, que resulta incuestionable por lo expuesto. Y dicho esto diremos como línea de principio que la opinión sobre la verosimilitud o inverosimilitud del testimonio de un menor emanada por un psicólogo, aún sustentado en parámetros científicos, jamás podrá subvertir o sustituir la libre apreciación del juzgador, en cuanto precisamente la imposibilidad de constatar la certeza de un relato analizando la personalidad del relator determina que semejantes conclusiones no puedan descontextualizarse de la valoración conjunta de toda la prueba que se practica en el juicio oral, ya que es el Tribunal y no un perito quién juzga. Es por ello que como nos recuerda la STS 1.315/2005, de 9 de noviembre, con respecto al informe pericial psicológico sobre el testimonio de la menor, es claro que no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical pero sí puede constituir un valioso elemento complementario de valoración, como ha declarado esta Sala, por ejemplo S. 12.6.2003. Es decir la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la absolución o condena de una persona compete constitucionalmente al Juez, Jurado o Tribunal sentenciador, con los asesoramientos que estime procedentes. Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quien los emite, opinión que no puede, ciertamente, por sí misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Tribunal o Jurado, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable (STS 14.2.2002 [RJ 2002\2473]), pero a «sensu contrario» sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas."

En parecidos términos señala la STS 950/2009, de 15 de octubre, que *<<el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del Juez, aunque sí podrá ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (SSTS. 23.3.94, 10.9.2002, 18.2.2002, 1.7.2002, 16.5.2003).*

En definitiva la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes.

Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quienes los emiten, opinión que no puede, ciertamente, por sí misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Juez o Tribunal, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable(STS. 14.2.2002), pero a "sensu contrario" si pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas.>>.

Por último, la STS 179/2014, de 6 de marzo, con amplia cita de sentencias de la Sala, además de resaltar su improcedencia en testigos adultos y en acusados, singularmente respecto de éstos últimos por la proyección que puedan tener en sus garantías constitucionales (salvo que



100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000

tenga por objeto aquello en lo que puede incidir en su imputabilidad respecto a los hechos), señala que pueden ser importantes cuando se trata del testimonio de un menor o de quien sufra una disminución psíquica, a efectos de determinar el grado de fiabilidad de estos testigos por las especiales circunstancias que en ellos concurren, y aunque tampoco pueden nunca vincular al Juez o Tribunal ni sustituirlo en su exclusiva función valorativa, sí pueden aportarle criterios de conocimiento psicológico especializado y, por tanto, científico, sobre menores de edad y las pautas de su posible comportamiento fabulador que le auxilien en su labor jurisdiccional, añadiendo la relevancia que en la valoración de la credibilidad del testigo, -sea víctima o sea un tercero- pueden tener sus condiciones psico-físicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc.

En suma, es esto y no la veracidad misma del testimonio, lo que puede ser objeto de una pericia.

El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional, pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria (...) Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudoponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar o desplazar la capacidad jurisdiccional pura decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado (STS 485/2007, 28 de mayo).

Situada pues en su justo contexto, de la pericial psicológica practicada en este proceso conviene resaltar que la menor no es sugestionable, sosteniendo ser habitual que las víctimas de abusos intrafamiliares traten de minimizar los hechos en relatos posteriores.

Por tanto, las anteriores consideraciones emitidas por la psicóloga forense no hace más que fortalecer el juicio convictivo de la Sala acerca de la credibilidad del testimonio de la menor conforme a su declaración plenaria, y con arreglo a los parámetros que expusimos anteriormente para valorar su testimonio.

SÉPTIMO.- Para concluir con este aspecto de la aptitud y alcance de la pericial psicológica para ser valorada como prueba, hemos de incidir en la pretensión de la defensa reiterada al inicio del juicio oral de que se practicara una pericial de parte contradictoria rechazado por esta Sala, atendiendo a la necesidad de preservar la debida indemnidad y estabilidad de menores víctimas de delito, especialmente los de naturaleza sexual por su clara incidencia en el normal desarrollo emocional de los mismos y las secuelas que acarrear, ha merecido una especial consideración por la jurisprudencia de la Sala Segunda y del mismo Tribunal Constitucional, que ha tratado en todo momento de compatibilizarlo con las garantías esenciales del acusado en el proceso penal, singularmente la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Así se ha dado una prolija jurisprudencia que se ha proyectado sustancialmente en la posibilidad de evitar que el menor deba acudir en su día al juicio oral a declarar, y no ya por el riesgo de confrontación visual con el acusado, aspecto para el cual se pueden arbitrar mecanismos adecuados para evitarlo utilizando biombo e incluso declarando en Salas anexas que permitan una comunicación bidireccional con la Sala de juicio, sino sobre todo para evitar el efecto pernicioso de lo que se ha venido denominando como la





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disolución de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los aspectos de las personas que requieren un especial carácter de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



"victimización secundaria", entendida como la incidencia que en el marco del tratamiento terapéutico que se dispensa a los menores que hayan sido aparentemente víctimas de delitos graves deba tener la recreación del suceso acaecido con la riqueza de detalles que habría necesariamente de exigir el objeto de juicio, sometiendo al menor a una situación de estrés que haya de menoscabar profundamente la labor ya desarrollada para que tratase de superar las secuelas que le hayan podido causar esos hechos.

La STS 884/2010, de 6 de octubre, reiterando al efecto la doctrina que expuso la paradigmática STS 950/2009, de 15 de octubre, vino a consolidar el ámbito en el cuál habría de desenvolverse en lo sucesivo el tratamiento que requería la intervención de los menores víctimas de delitos graves, especialmente de naturaleza sexual, en el procedimiento penal, al señalar que *"Nuestra Jurisprudencia admite la reproducción audiovideográfica del testimonio del menor llevado a cabo en la fase de instrucción, con todas las garantías ya señaladas, apoyándose para ello en la normativa internacional, aceptada por España, que autoriza la ausencia del menor en el proceso penal en casos de delitos contra su libertad sexual, sin que ello suponga «per se» una vulneración del art. 14 PIDCPo del art. 6.3.d) CEDH, en lo relativo al derecho de todo imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él. Esta línea inspiradora encuentra su refrendo en la Convención de Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas el 20/11/1989 y en vigor en España desde 05/01/1991(art. 96.1 CE), así como en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15/03/2001(arts. 8 y 15), posición que a su vez viene avalada por nuestro art. 39.4 CE("los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos")*.

Incorporando así dicha normativa internacional a nuestro ordenamiento procesal, la más moderna jurisprudencia (vid. en tal sentido SSTS nº 173/2010, 1251/2009, 1033/2009, 96/2009, 694/2007, 151/2007, ó 429/2002, entre otras muchas) opta por una ampliación de la idea de «imposibilidad» de testificar en el juicio oral de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECrim(procedimientos ordinario, abreviado y urgente, respectivamente), de conformidad con lo cual, junto a los obstáculos materiales para la realización del testimonio, habrán de ser incluidos también aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, de forma que, en estos casos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aquéllos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley. De hecho, tal valor ha sido incorporado a nuestro Derecho positivo a través de la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo art. 11.2 menciona como principios rectores de la actuación de los poderes públicos "la supremacía del interés del menor"[apartado a)] y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal" [apartado d)], a lo que se añade en el art. 13.3que en las actuaciones de protección" se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor". Es más, en su art. 17, la propia LO contempla el mandato de que "en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia".



Como nos recuerda la STS nº 96/2009, antes citada, el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés supremo del niño".

En idéntica dirección apunta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, en su Sentencia de 16 de junio de 2005 [asunto C-105/2003, conocido como «caso Pupino», en el que la víctima era una niña de tan sólo cinco años de edad] cuando declara que la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15/03/2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal (que preveía su incorporación al Derecho interno de cada Estado antes del 22/03/2002), debe interpretarse en el sentido de que "el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta ". Efectivamente, así parece desprenderse principalmente del art. 2.2 ("Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación"), del art. 3 ("Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal") y del art. 8.4 ("Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho"). El órgano jurisdiccional estará, pues, obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y finalidad de dicha Decisión Marco, pues aunque las Decisiones no tengan el efecto directo de las Directivas, sí son vinculantes, siendo evidente el indudable alcance e incidencia de esta concreta Decisión en casos como el que nos ocupa. Al tenor de dicha STJCE, es asimismo deber de los Tribunales interpretar la normativa interna ajustándose a los términos de las Decisiones Marco (apartados 33 y 34 STJCE y punto 36 de las conclusiones), con el único límite del respeto a los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas sancionadoras o no favorables, quedando proscritas las interpretaciones «contra legem», que no pueden cobijarse en la mencionada regla (apartados 44 y 47 de la sentencia). Como recalca la citada STS nº 96/2009, el asunto «Pupino» viene así a reconocer por vía interpretativa un efecto directo a las Decisiones Marco, al tener en última instancia el Juez nacional que dar efectividad a sus determinaciones, con los límites citados y no obstante el silencio, las ambigüedades o las oscuridades que puedan afectar al sistema jurídico interno."

Las anteriores consideraciones no son solo de *lege ferenda* en cuanto ya han venido a formar parte del derecho positivo español en la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito, especialmente arts. 19 y siguientes, debiendo hacerse mención a los supuestos b ("Se reciba declaración a las víctimas el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación pena") y d ("Los reconocimientos médicos de las víctimas solamente se lleven a cabo cuando resulten imprescindibles para los fines del proceso penal, y se reduzca al mínimo el número de los





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disposición de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



mismos”) del art. 21; del art 25 los apartados b) “Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda.”, y c) “Que todas las tomas de declaración a una misma víctima le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal.”; señalando singularmente para los menores el art. 26 que “1. En el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito.”

Como complemento a todo ello la LECRIM contempla normas especiales de protección a las víctimas menores de edad en los arts. 301 bis, 433, 707 y 730, entre otras, que giran en torno a la idea sustancial de evitar esa victimización secundaria que, por otro lado, no responden a meras intenciones programáticas del legislador sino que obedecen a consideraciones periciales-psicológicas que se han ido demostrando empíricamente, y que ha ido modulando la normativa europea tal y como se expone ampliamente en el preámbulo de la citada Ley.

Son numerosísimas ya las Sentencias de la Sala Segunda que abordan la necesidad de reorientar el tratamiento procesal penal de las víctimas menores de edad en el sentido más adecuado para evitar la victimización secundaria, siempre que ello no llegue a privar a la defensa de la debida contradicción del testimonio del menor, rechazando con ello que sea suficiente la declaración de éste ante los psicólogos forenses sin que se haya producido ninguna declaración judicial -SsTS 632/2014, de 14 de octubre; 598/2015, de 14 de octubre; 366/2016, de 28 de abril; 736/2017, de 15 de noviembre-, ni que convierta la excepcional regla de la prueba anticipada en la norma general sin un adecuado análisis de las circunstancias que justifiquen prescindir del testimonio en el plenario acudiendo a la prueba preconstituida -STS 663/2018, de 17 de diciembre con abundantes citas de la misma Sala-, o rechazando valorar en perjuicio del reo integrar el testimonio de la víctima con el referencial del perito psicólogo -STS 454/2017, de 21 de junio-, o acudir a los testimonios referenciales cuando se ha prescindido de la prueba directa del menor, sea como anticipada, sea en el mismo plenario -STS 366/2016, de 28 de abril-.

Con todo, late con evidencia manifiesta en la doctrina consolidada de la Sala Segunda, la necesidad de evitar la reiteración del testimonio del menor garantizando siempre el mínimo indispensable del derecho del acusado a contradecir la prueba, siendo así que incluso cuando se ha planteado en alguna ocasión la queja de no haber intervenido la defensa en la designación de los peritos psicólogos que hayan de practicar dicha prueba, caso de la STS 940/2013, de 13 de diciembre, se ha puesto de manifiesto que la normativa que la reglamenta no obedece a una fórmula meramente ritualia sino la de posibilitar en todo momento que el acusado haya tenido ocasión de cuestionar la pericial, señalando al efecto que en todo caso esa posibilidad siempre queda garantizada mediante el interrogatorio contradictorio del perito o peritos en el plenario.



100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000



Y dicho esto, hemos de señalar que la pericial psicológica del menor no debe confundirse con la declaración testifical de éste. El fundamento y los fines de ambos medios de prueba son cualitativamente distintos, de suerte que la efectiva contradicción del relato del menor se consigue mediante la opción garantizada de la defensa del acusado de haber podido intervenir en su interrogatorio, como así ha sido en el caso presente en que la defensa pudo en el plenario hacer cuantas preguntas tuvo por conveniente a la niña. Ya hemos señalado anteriormente que no es posible integrar omisiones fácticas relevantes en perjuicio del reo en el testimonio de la menor acudiendo a testimonios referenciales, ni aún cuando éste se haya producido ante un perito psicólogo-forense, siendo así que en este caso, para delimitar los hechos que hemos declarado probados no hemos acudido a lo expuesto por la perito psicóloga forense.

También es importante destacar, aunque con una incidencia más colateral, que la pericial psicológica forense es practicada en el seno de los Institutos de Medicina Legal, y por tanto por profesionales adscritos a un organismo público que garantiza de principio la existencia de unos criterios de objetividad e imparcialidad, hasta tal punto que por nuestra parte hemos rechazado la reciente práctica de la Administración de acudir a psicólogos externos contratados ad hoc para realizar este tipo de informes sobre la base de la saturación del IML, aplicando la normativa vigente en la materia -Auto de esta misma sección de 30 de septiembre de 2019 recaído en el Rollo de Apelación de autos 520/2019-.

Debe complementarse todo ello con la denostada presunción de irregularidad en la actuación de los cuerpos profesionales y públicos al servicio de la administración de justicia, que en todo caso desplaza al interrogatorio contradictorio de los mismos en el plenario, todas aquellas circunstancias que hayan tenido en consideración como objeto de pericia y que tengan incidencia en el objeto del juicio. Tal es así, que la misma Sala Segunda reafirma que el sistema de justicia penal está obligada a proporcionar una pericial oficial cuando sea necesario para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado, pero no proporcionar una segunda pericial si el resultado no es del agrado, siempre claro ésta, en tal supuesto, del derecho que le asiste al mismo para proporcionar por sus propios medios una pericial contradictoria -SsTS 457/2012, de 12 de junio; 940/2013, de 13 de diciembre-.

Expuesto lo anterior, un reexamen de las actuaciones en orden a determinar las posibilidades de la defensa de poder contar con una pericial psicológica contradictoria, revela que el Juez Instructor ya acordó la pericial psicológica mediante providencia de fecha de 2 de abril de 2018, -folio 43-. El IML recaba determinada documentación por oficio de 3 de abril de 2018 -folio 45-, y posteriormente se remite informe psicológico-forense (folios 55 a 57 en fecha 11 de febrero de 2019-. La defensa ya estaba debidamente personada, se incoa procedimiento abreviado dando por concluida la instrucción en auto de fecha 19 de marzo de 2019 -folios 64 a 66-, tampoco cuestionado por la defensa, que por primera vez impugna el informe pericial sin interesar en aún examen pericial contradictorio en su escrito de calificaciones provisionales (folios 86 a 88).

Ulteriormente, por medio de auto de 10 de septiembre de 2019 se admite la prueba propuesta por las partes entre ella el informe de verosimilitud del testimonio de la menor que se unió a las actuaciones quedando a disposición de la defensa en sede de este tribunal en fecha 11 de noviembre de 2019.

Con tales antecedentes parece evidente que la defensa dispuso durante la tramitación de la causa de posibilidades efectivas de poder tener una intervención directa en la pericial



100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000



psicológica forense, no siendo razonable por las razones expresadas antes, una reiteración de exámenes periciales a un menor aparente víctima de un delito contra la libertad sexual, lo que hace la pretensión de la defensa extemporánea e injustificable.

De la misma manera que nada obsta a que conocido por la parte que se va a practicar el informe pericial psicológico, aplicando la normativa general de los arts. 466 y ss de la LECRIM, pueda designar un psicólogo de parte que pudiese presenciar la exploración en una sala contigua sin intervenir directamente en la misma, a fin de que pueda emitir su pericial. Por las consideraciones ya expuestas no consideramos adecuada la intervención directa en la exploración del psicólogo de parte, debido a la inconveniencia de que surjan discrepancias que lastren considerablemente la espontaneidad de la exploración de la menor y la dinámica misma del método de trabajo de campo, desarrollado además por psicólogos oficiales que gozan de una presunción de objetividad e imparcialidad, y que además puede someterse el método de entrevista aplicado al informe del perito de la parte con el correspondiente cotejo contradictorio en el juicio oral, máxime en la medida en que ni siquiera este tipo de informes están encaminados a valorar la credibilidad, lo que denota que la base sustancial de unas conclusiones que solo pueden ser complementarias de la prueba sustancial de la declaración testifical de los menores, relacionado con la personalidad de la víctima y sus eventuales secuelas, puede ser contrastado por la pericial de la defensa sin necesidad de intervenir directamente en la exploración.

Resumiendo pues, ni es admisible una reiteración de exploraciones psicológicas forenses, ni la defensa, habiendo dispuesto de posibilidades efectivas para ello, tuvo a bien interesar la intervención de un perito de parte en tiempo y forma en alguna de las dos posibilidades apuntadas, relacionadas con que se grabase la exploración realizada por los psicólogos forenses, o que pudiese presenciarlas de modo que no interfiriese en su desarrollo.

Para concluir diremos que ni siquiera la falta de esa pericial pudiese tener trascendencia para el derecho fundamental a la presunción de inocencia y el derecho de defensa, en la medida en que ha podido contradecir la base sustancial del informe pericial psicológico de la menor mediante el interrogatorio de los psicólogos forenses que acudieron al juicio, pudiendo plantearles cuantas cuestiones tuvo por conveniente no solo respecto a las conclusiones alcanzadas, sino en cuanto a su cualificación y el método seguido, de suerte que la eventualidad de que pudiese de alguna forma cuestionarse el método empleado no habría de afectar, en último término, al resto de prueba de cargo que valora esta Sala, sustancialmente la declaración de la niña y la del resto de testigos en los términos ya analizados, sino en su caso para valorar la trascendencia, bastante más limitada, de la prueba pericial psicológica, de suerte que la eventualidad de su rechazo no habría de afectar, por supuesto que a la validez, pero tampoco necesariamente a la eficacia del resto de la prueba.

OCTAVO.- Pasando a referirnos a la declaración del acusado, –amparado por el derecho fundamental a la presunción de inocencia- niega los hechos que se le imputan.

En relación con el alcance y valoración de la declaración del acusado, aunque es natural y esencialmente un elemento de prueba de la defensa, que en otros ordenamientos jurídicos – como el estadounidense- llega al punto de que su comparecencia en el plenario solo puede ser propiciada por la defensa pero nunca por la acusación, no por ello debe obviarse su consideración de prueba que, conjuntamente con las demás, puede conformar la convicción del Tribunal.



El silencio, equiparable a la falta de una explicación alternativa a la realidad de lo que se denuncia, no deja de ser más que una manifestación de un derecho fundamental, y así lo viene sosteniendo con reiteración la Sala Segunda - STS 1.030/2009, de 22 de octubre; 463/2012, de 6 de junio- y el propio Tribunal Constitucional -STC 26/2010, de 27 de abril-, si bien matizando ésta última sentencia que *“el silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficiente, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado (STC 155/2002, FJ 15, citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6)”*.

Sin embargo, la proyección que en esta prueba tiene el derecho fundamental a la presunción de inocencia, así como el de guardar silencio, determinan que las apreciaciones sobre su valoración negativa para el mismo, esto es, sobre el reflejo que el testimonio del acusado pueda tener en su propia condena, esté sometida a profundos matices. Desde luego que el Derecho continental, en el que hunde sus raíces nuestro ordenamiento jurídico, no llega a negar toda eficacia probatoria de cargo a lo que diga el acusado, pero sí que configura su testimonio en torno a la idea esencial de que lo que diga no puede ser utilizado en su contra, salvo para negarle, en sentido contrario, efecto exculpatorio si existiendo prueba de cargo suficiente para la condena, la versión que ofrece es irracional e incluso falaz. Dicho de otro modo, si dándose esa prueba de cargo suficiente para la condena, desconectada absolutamente de la declaración del acusado, éste guarda silencio, ofrece una versión absurda o irracional de lo acontecido, o miente, sus manifestaciones pierden toda eficacia exculpatoria para encontrarnos en un escenario en el que solo conforma la convicción del Tribunal la prueba de cargo.

La STC 17/2009, de 15 de junio es clara al respecto: *“este Tribunal ha afirmado que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (por todas, SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4) y que no pueden extraerse consecuencias negativas para el acusado derivadas exclusivamente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable (por todas, STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 8). A lo que cabría añadir que el ejercicio del derecho de defensa al que aparecen íntimamente vinculados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes ofrece una cobertura reforzada a las manifestaciones vertidas tanto por los Abogados en el ejercicio de su función de defensa, como por los ciudadanos que asumen por sí mismos en un procedimiento la defensa de sus derechos e intereses legítimos, por no ser preceptiva la asistencia letrada (por todas, SSTC 15 288/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 102/2001, de 23 de abril, FJ 4 y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 4).*

Ahora bien, de todo lo anterior no puede concluirse como hacen los recurrentes- que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de





1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000



una determinada estrategia defensiva. Ello no es así ni siquiera en el proceso penal. **Pues aunque hemos afirmado que la futilidad del relato alternativo no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, también hemos declarado que, en cambio, la versión de descargo puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad** (por todas, SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 15; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 6; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5 y 10/2007, de 15 de enero, FJ 5). Nuestra doctrina, por tanto, desvirtúa el argumento expuesto en la demanda según el cuál ninguna consecuencia negativa puede derivarse de la falsedad de las afirmaciones de los recurrentes por haber sido emitidas en el ejercicio de su derecho a no confesarse culpables.”

En consecuencia, tanto si el acusado miente como si da una versión inconsistente (STS 463/2012, de 6 de junio), tales aspectos pueden y deben ser valorados como prueba de cargo. No se trata de convertir la mentira o la versión inconsistente en la prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, sino en valorar la declaración del acusado como una prueba –de cargo o de descargo según su resultado- más en función de las restantes pruebas practicadas, de modo que si en el plenario se ha practicado prueba de cargo para la condena, la mentira o la versión inconsistente puede servir de corroboración de aquella prueba de cargo desconectada de la declaración del mismo acusado.

En el ámbito de la doctrina emanada de la Sala Segunda, la STS 1736/2000, de 15 de noviembre ya remarcaba el alcance del valor que puede tener el silencio del acusado en el ámbito de la llamada prueba indirecta, señalando que *“La participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad para conducir por vía deductiva y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia. De este mecanismo, el silencio del acusado no forma parte porque no es premisa de la conclusión ni un elemento incorporable al proceso lógico como un indicio más entre otros”*

No obstante, reiterada doctrina jurisprudencial viene sosteniendo –SsTS 2/1997, de 29 de noviembre; 470/1999, de 29 de marzo; 1443/2000, de 20 de septiembre; 1736/2000, de 15 de noviembre; 2 de febrero de 2010-, que la decisión de guardar silencio o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporte el acusado pueden ser tenidas en cuenta por el órgano judicial como corroboración de lo que ya está probado. Si la situación reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas aportadas, el sentido común dicta que la ausencia de declaración equivale a que no hay explicación posible.

Más recientemente señala la STS 367/2014, de 13 de mayo que *“Como acabamos de señalar, por ejemplo en la STS núm 359/2014 de 30 de abril, el acusado no está obligado a declarar, y en el supuesto de que lo haga, la falta de credibilidad de sus declaraciones exculpatorias no constituye una prueba de cargo de su culpabilidad, pues también tiene el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo.*

Cuestión distinta es que existiendo prueba de cargo indiciaria de su culpabilidad, suficiente en sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, la escasa verosimilitud de sus afirmaciones no permita tomarlas en consideración como una explicación alternativa y



COLEGIO DE JUECES DEL PODER JUDICIAL FEDERAL
SECRETARÍA DE JUSTICIA Y ENERGÍA
SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA
SECRETARÍA DE ECONOMÍA
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
SECRETARÍA DE SALUD
SECRETARÍA DE TURISMO
SECRETARÍA DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
SECRETARÍA DE FERIA Y ECONOMÍA LOCAL
SECRETARÍA DE CULTURA



razonable que desvirtúe la fuerza de convicción de la prueba de cargo.

En otra reciente sentencia de esta Sala núm. 679/13, de 25 de julio , ya se dice que " El mero hecho de que el acusado incurra en contradicciones o mentiras en sus declaraciones, no constituye prueba de cargo de la realización del delito.

*Esta valoración de las declaraciones de los acusados viene justificada por la necesidad, para respetar en profundidad el principio de presunción de inocencia, de valorar las explicaciones o versiones alternativas que proporciona la defensa. **con el fin de constatar si su verosimilitud y razonabilidad desvirtúan la eficacia probatoria de las pruebas de cargo**".*

*En este sentido ha de interpretarse la Sentencia del TEDH de 8 de febrero de 1996 (caso Murray contra el Reino Unido) que establece que el silencio no puede ser considerado en sí mismo como un indicio de culpabilidad, y solo cuando los cargos de la acusación- **corroborados por una sólida base probatoria**- estén suficientemente acreditados, el Tribunal puede valorar la actitud silenciosa del acusado, señalando que " El Tribunal nacional no puede concluir la culpabilidad del acusado simplemente porque éste opte por guardar silencio. Es solamente cuando las pruebas de cargo requieren una explicación, que el acusado debería ser capaz de dar, cuando la ausencia de explicación puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible..."*

Es decir que el silencio, la falta de credibilidad o la demostración de la falsedad de las manifestaciones exculpatorias del acusado, nunca pueden constituir pruebas de cargo. Solo pueden tomarse en consideración cuando exista prueba de cargo de su culpabilidad, suficiente en sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, para constatar que la ausencia, la escasa verosimilitud, o la manifiesta falsedad de sus afirmaciones, no permite tomarlas en consideración como una explicación alternativa y razonable que desvirtúe la fuerza de convicción de la prueba de cargo.

NOVENO.- Dicho lo anterior, lo primero que hemos de destacar es que el acusado pone de manifiesto en el plenario, con aparente rotundidad, que no es autor de los hechos que se le atribuyen.

No estamos pues ante el ejercicio del derecho al silencio, la coartada fallida o la declaración que objetivamente se revele como falaz al ser desvirtuada por otros testimonios, sino que, como ya apuntamos al principio, la realidad del hecho se basa sobre todo en la confrontación de declaraciones, de la menor aparente víctima, y la de su tío que se presume inocente. En lo sustancial, no se cuestiona el contexto en que habrían sucedido los hechos, pues no se niega que la niña y él estuviesen a solas en la habitación de la menor o en el vehículo del acusado, en aquella ocasión en presencia también del hermano pequeño de si bien, viene a señalar que cuando se le puso de manifiesto, por sus hermanos, que la niña había contado los supuestos tocamientos, no recordaba siquiera el momento concreto a que ella se refería, para continuar señalando que si bien es cierto que el día del bautizo estuvo a solas con ella, en la habitación de la menor, fue a requerimiento de la misma porque quería enseñarle una muñeca, manifestando no recordar si la alzo hacia el techo ni si se sentó la niña sobre sus rodillas, eso si sostuvo que en ese contexto habría sido imposible realizar los tocamientos sin que los mismos pudieran haber sido advertidos por alguno de los familiares que aquél día se encontraban en la casa. Y respecto a los hechos acontecidos el 4 de enero de 2018, en el



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000



vehículo del acusado , la defensa se pone el acento en el hecho de resultar imposible la conducta por razón de las dimensiones del vehículo y la postura en que se encontraban menor y víctima, así como a la presencia del hermano de () Aun cuando pudiera haber sido así y no cabe por qué cuestionarlo, resulta secundario. Lo esencial es que la víctima se encontraba en el lugar y hubo oportunidad, aun tomando la versión del acusado, de que los tocamientos se verificaran de forma fugaz, y que la versión de () sobre la disposición de los ocupantes del vehículo en los asientos, así como el hecho de ser la menor quien se viró hacia el asiento trasero y no el acusado resultó corroborada por Pedro (hermano pequeño de la menor)

En conclusión, la negación de los hechos por el acusado no nos genera duda sobre la credibilidad de lo afirmado por la menor.

Dicho esto, ciertamente que el acusado niega con vehemencia los hechos. Se mostró incluso afectado en el juicio oral por una acusación de semejante naturaleza, que ni siquiera, afirma, se explica , y que nunca ha tenido inclinaciones de esa naturaleza, tal y como pone de manifiesto el informe pericial aportado por la defensa.

En realidad, como aspecto de partida, la inexistencia rasgos conductuales patológicos o de antecedentes pedófilos carece de toda virtualidad como elemento exculpatorio, ni aún cuando la defensa sea capaz de proporcionar una pericial con semejante objeto. Como ha destacado la Sala Segunda en alguna ocasión -STS 179/2014, de 6 de marzo-, sostener que un acusado presenta una personalidad incompatible con el delito por el que es juzgado sería tanto como atribuir a la eventualidad de un informe pericial psicológico en esa línea un valor de prueba plena incompatible con los postulados básicos del proceso penal, y básicamente el de libre valoración de la prueba. Se puede matar una sola vez, por el motivo que sea, sin que se tenga una personalidad homicida entendida como carente de empatía al prójimo, de suerte que una pericial que determinase que no existan rasgos patológicos de inclinación al delito sería tanto como reconvertir el derecho penal del hecho en un derecho penal del autor. De la misma forma que a todo acusado se le juzga por la conducta punible que se le atribuye y no por cuál sea su personalidad, este último aspecto, salvo en lo que pueda incidir negativamente en su imputabilidad para anularla o reducirla, queda extramuros para el derecho penal.

Lo sustancial pues del debate es la declaración negatoria del delito que evidenciara el acusado en el plenario, incluso rotunda, lo que no exime del necesario contraste con el resto de la prueba. En este aspecto hacemos un inciso. La preservación del derecho de defensa venimos entendiendo que tiene uno de sus máximos exponentes, en coherencia con los más modernos sistemas de justicia penal, en que el acusado valore la conveniencia de declarar no al principio del juicio oral, como prevé nuestra decimonónica LECRIM que por ello presenta aún rasgos del viejo proceso inquisitivo que buscaba la confesión del acusado, sino al final, una vez practicada toda la prueba de cargo. Sin llegar a la consideración facultativa de esa declaración propia de la mayoría de los estados norteamericanos, en que únicamente es posible a instancia de la defensa, más con el inconveniente de poder valorarse en su contra lo que manifieste, en el derecho continental el acusado tiene derecho a no declarar. Sin embargo, el legítimo ejercicio de ese derecho puede hacerle perder la oportunidad de evidenciar con rotundidad al Tribunal que no es autor del delito que se le impute, quedando limitada su posibilidad de contrariar directamente la prueba de cargo en su contra al ejercicio del derecho a la última palabra, pero sin el tutelaje ya de su defensa. Por el contrario, el ejercicio de su derecho a declarar al



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100



principio, desde otro punto de vista, puede acarrear el beneficio de dejar desde el inicio una impronta de contundencia y rotundidad ante el Tribunal que evidencie lo insostenible de la pretensión acusatoria, más se ha de reconocer que se corre el riesgo de perder esa naturalidad y espontaneidad en función del resultado de las pruebas de cargo, por más que la valoración siempre habrá de hacerse en función de toda la prueba.

Dicho esto, la defensa prefirió acogerse a la posibilidad ofrecida de declarar al final, y como hemos significado se mostró en sus manifestaciones contundente, negando rotundamente que cometiese los hechos que se le imputan. Se muestra incapaz de ejecutar dicha conducta aludiendo a la ausencia de conductas anteriores. Qué duda cabe que la ausencia de hechos de semejante naturaleza antes, que admitimos en cuanto ninguna prueba se ha practicado en sentido contrario, habría de denotar que ese comportamiento, de producirse, sería el primero en su vida. Si la demostración o falsedad del relato inculpativo habría de depender de la negativa del acusado, no solo sería innecesario el juicio oral, sino que habríamos de negar siempre la existencia de delito si no hay más testigo de su perpetración que la declaración de la víctima salvo la muy improbable confesión del denunciado. Y como un sistema de justicia penal no puede concebir ni mantener semejante relato, la preservación de la presunción de inocencia tampoco podría desbordar el mandato de que se acredite cumplidamente el hecho aunque sea por la sola declaración de la víctima, y de ahí la prolija jurisprudencia ya citada acerca de la valoración del testimonio de ésta como prueba de cargo.

En el caso concreto, la negativa del delito manifestada por el acusado, máxime en un hecho de la naturaleza del que se le imputa, que ha de acarrear necesariamente consecuencias de orden natural al margen de las ya de por sí graves del derecho penal, relacionadas con el devenir de las relaciones familiares y la misma consideración social del acusado, podía claramente anticiparse como obvia. De la misma manera que también es cierto que si alguien no ha cometido el delito razonable es que lo niegue. Estamos pues ante una consideración inocua de partida.

Es por ello, que no basta para obtener una conclusión fuera de toda duda razonable que sea respetuosa con la presunción de inocencia con la íntima convicción del Juzgador, ni en el otro extremo, por convertir el juicio de certeza en una operación matemática que necesariamente deba conducir a la convicción absoluta, por mas que ambas posibilidades simplificasen la tarea del Juzgador. No podemos perder de vista que la convicción acerca de la culpabilidad del acusado no es el resultado de una percepción parcial de la prueba, sino que es fruto de la globalidad.

Con todo, la función de juzgar es sobre todo proyección del debido contraste de toda la prueba, dotada en el proceso penal de cierto subjetivismo pues la convicción es ante todo percepción, lo que no significa que baste la mención a ella para concluir que estemos ante un juicio ponderado acerca de la culpabilidad o inocencia de todo acusado. En esta línea, la inmediatez probatoria no tiene una configuración cuasi mística –rechazada por nuestra moderna jurisprudencia-, en el sentido de que el testimonio de la víctima será creíble en cuanto así lo exprese el Tribunal que juzgue con mención a conceptos como “sinceridad”, “contundencia” o “rotundidad” enraizados en la imparcialidad del Juez, que por serlo, su convicción será siempre objetiva. Y es que la función de juzgar no es solo objetiva por principios, sino que tiene que serlo en cada caso en cuanto es ejercida por personas que no pueden sustraerse a su



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100



condición humana, y que por tanto deberán exteriorizar las razones de su íntima convicción para desterrar cualquier atisbo de arbitrariedad. Por tanto, la confianza en la justicia no se asienta en principios programáticos -no es un acto de fe-, sino en un ejercicio racional y ponderado, expresivo de una convicción a la que se llega con sustento en parámetros objetivamente aceptables. En suma, la función jurisdiccional no tiene por finalidad convencer al acusado que es culpable, ni a los denunciadores que aquél no lo sea, sino explicar la conclusión a la que se llegue sobre la base de unas pruebas que respeten las garantías de todo acusado, exteriorizando las razones por las que el Tribunal llega a su convicción, eliminándose con ello todo atisbo de arbitrariedad.

Desde esta perspectiva, precisamente el que la función jurisdiccional sea impartida por personas que no pueden sustraerse a su condición humana, es por lo que la cuestión de la credibilidad no puede estar exenta siempre de una cierta subjetividad, pues la apreciación probatoria en necesaria relación causa-efecto con la convicción íntima del Juzgador se enlaza precisamente con el convencimiento, sustancialmente subjetivo. Todo ello en el contexto de un acto, el juicio, que no recrea el suceso como si fuese una grabación, sino que se ha de llegar a él a través de los sentidos de los que declaran, de la proyección de su memoria que es individual y no colectiva.

Y dicho esto, esa aparente rotundidad en el testimonio negatorio del acusado ha quedado desnaturalizado por la mayor fuerza convictiva que para esta Sala ha representado la prueba de cargo practicada en los términos expuestos. La *notitia criminis* surge de forma inmediata al segundo hecho que se denuncia, no existiendo tal inmediatez en relación con el primer episodio como consecuencia de la falta de madurez cognitiva de la menor que en aquél momento no supo reaccionar, pero que cuando vio reproducida la conducta no dudó en contarlo inmediatamente a su hermana con quien parece tener una relación de confianza más estrecha. La víctima carece de una personalidad sugestionable, no advirtiéndose ni mucho menos elementos que apunten a una conformación del relato que necesariamente habría de ser maquiavélico, con una diseñada puesta en escena posterior que necesariamente habría de llegar al control de unas emociones que denotaban la vivencia de un suceso grave, que de forma natural debe causar un impacto emotivo exactamente igual al advertido por todos los testigos, y ello centrándonos en una niña de diez años cuando sucedieron los primeros hechos, sobrina del acusado, con el que tenía una buena relación, que nunca había patentizado inclinaciones hacia la fabulación. En este contexto probatorio, esta Sala ha alcanzado una convicción fuera de toda duda razonable de que los hechos acontecieron tal y como se reflejan en los hechos que declaramos como probados, creyendo firmemente el relato de la menor, insertándose la negativa del acusado en el obvio instinto de preservación de su consideración y defensa una vez que se descubren los hechos.

Y a partir de ello, ya no nos corresponde analizar además los móviles del acusado, siendo en tal sentido irrelevante si lo hiciese porque tuviese inclinaciones de esa naturaleza que nunca antes se hubieren manifestado, o por cualquier otro motivo, pues como ya reseñamos con anterioridad, la función de un Tribunal de justicia no es la de convencer al acusado acerca de la realidad del delito ofreciéndole una explicación de porqué lo ha cometido, lo que quedará siempre en la psique del mismo, sino de exponerle las razones por las que el Juzgador se ha convencido de su existencia, correspondiendo luego a la fase de tratamiento realizar todo tipo de consideraciones acerca de las motivaciones encaminadas a la rehabilitación social del condenado.



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100



Con todo y en suma, valorando en su conjunto toda la prueba practicada, incluyendo la declaración del acusado, que por lo expuesto consideramos irrelevante para desvirtuar el resto, esta Sala ha llegado a la plena y absoluta convicción de que efectivamente los hechos se produjeron tal y como –consecuentemente a esta convicción- hemos hecho constar en la declaración de hechos probados, considerando por ello desvirtuada plenamente su presunción de inocencia.

DÉCIMO.- Calificación Jurídica, los hechos son legalmente constitutivos de dos delitos de abuso sexual a menor de dieciséis años del art. 183.1 del CP, y el cuál fluye con absoluta naturalidad del relato de hechos probados. La edad de la víctima consta acreditada, como elemento objetivo del delito, sin que se suscite duda alguna sobre ello, sin que ni siquiera se combata por la defensa del acusado.

En todo caso, el elemento normativo de la edad de la víctima incide en la inocuidad de la eventualidad de su consentimiento, dada su escaso desarrollo cognitivo que por razones biológicas lo hacen ineficaz, lo que implica que aun dándose eventualmente su asentimiento, la conducta sexual es típicamente relevante al rechazarse la normalidad desde el punto de vista de la dogmática penal -basada en consideraciones sociales que solo corresponden al legislador valorar- de las relaciones sexuales entre un adulto y un menor de 16 años -frente a los 13 años como límite anterior a la reforma de 2015-.

La indudable significación sexual de los tocamientos resulta indudable, y no solo por como se produjeron y las zonas de la menor que fueron objeto de las mismas, sin perjuicio de destacar como estos delitos no requieren ya para su apreciación la prueba del ánimo libidinoso como especial elemento subjetivo del injusto penal distinto al dolo -SsTS 132/2013, de 19 de febrero; 389/2015, de 23 de junio; 147/2017, de 8 de marzo; 415/2017, de 8 de junio-,y que daría lugar al móvil causalizado. Basta pues el conocimiento del ataque a la indemnidad sexual de la víctima para, conjuntamente con los demás elementos normativos, entender concurrente el tipo penal, siendo por ello irrelevante que el acusado tenga un propósito de satisfacer un eventual instinto sexual.

El Ministerio Fiscal calificaba los hechos interesando que se apreciara le subtipo agravado del art, 183.4. d), que impone aplicar la pena en la mitad superior "Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco"

Señala la STS 159/17 de 14 de marzo y también la STS 287/18 de 14 de junio que "En el artículo 183.4. d) se agrava la pena cuando el autor se haya prevalido de una relación de superioridad para la ejecución del delito, supuesto que presenta diferencias sustanciales con el previsto en el artículo 181.3, en el que también se contempla un prevalimiento, aunque en esta ocasión dirigido a obtener el consentimiento de la víctima, al aprovechar el autor una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de aquella. En el primer caso, el sujeto se aprovecha de una relación de superioridad que le facilita la comisión del delito, facilitación que no opera sobre la base de obtener el consentimiento de la víctima, que siendo menor de trece años nunca podría considerarse válido, sino en atención a las circunstancias que esa relación de superioridad trae consigo. En este sentido, en la STS nº 739/2015, de 20 de noviembre , se señalaba, en relación al artículo 183.4. d), que " el prevalimiento o abuso de superioridad se refiere a la ejecución del hecho y no al consentimiento de la víctima ". De la misma forma, la



10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000



STS nº 957/2013, de 17 de diciembre , en la que, ya en relación con la redacción del precepto tras la reforma de la LO 5/2010, se decía que "Esta circunstancia exige una cierta preeminencia del autor sobre la víctima y que esta ventaja haya sido utilizada o aprovechada por el autor para realizar el acto objeto de imputación".

Partiendo, pues, de que aquí el eventual consentimiento de la víctima habría sido inocuo, dada su edad, como también que el mismo no se dio, pues se trataron de unos actos sorpresivos y fugaces, sólo cabría analizar si ese prevalimiento concurrió en el modo de ejecutar los hechos. No lo estimamos así.

Y es que como viene señalando la Sala Segunda -SsTS 380/2004, de 19 de marzo; STS 855/2015, de 23 de noviembre -, el prevalimiento contemplado como agravación en la agresión sexual o el abuso sexual, apoyado en la relación de parentesco o de superioridad, no puede entenderse orientado a obtener el consentimiento de la víctima, que siempre estaría viciado, en un caso por la violencia o intimidación ejercida, en otro por la situación de edad de la misma, sino que debe valorarse como el aprovechamiento de una situación más favorable para la comisión del delito como consecuencia de aquella relación, lo que determina mayor antijuridicidad y culpabilidad, de suerte que una cosa es el prevalimiento para obtener un consentimiento viciado, y otro el prevalimiento, entendido como aprovechamiento de una situación más favorable o propicia para cometer el delito dada la relación personal entre víctima y abusador, Nos ayuda la STS 69/2014, de 3 de febrero de la que tomamos prestadas las consideraciones que siguen. El art. 183.4 d) exige un prevalimiento que puede apoyarse en dos factores diferentes: una relación de superioridad o el parentesco. Como han subrayado los comentaristas no es que la superioridad tenga que apoyarse en el parentesco. La conjunción disyuntiva "o" que une ambas situaciones lo pone de manifiesto. Concurrirán los presupuestos de la agravante cuando haya un prevalimiento que puede basarse bien en el parentesco, bien en una relación de superioridad. Analicemos los dos términos de la agravación:

a) En cuanto a la relación de superioridad se basaría en la cercanía cuasiparental que otorgaría una hegemonía anímica. Bien vistas las cosas eso no añade un plus a la superioridad derivada de la diferencia de edad, ya tomada en consideración en el tipo (menor de 16 años). Se refiere más bien a un abuso de confianza que es algo distinto del abuso de superioridad (como demuestra que en el art. 22 CP aparezcan como dos agravaciones diferenciadas). Además - aunque podamos imaginar algún supuesto en que no será así necesariamente- en principio introducir por la vía del inciso inicial de esta norma (superioridad), lo que ha sido deliberadamente expulsado del inciso segundo (parentesco) tiene algo de fraude interpretativo: es decir, considerar que todo parentesco o relación asimilable no expresamente mencionada en el inciso final representa una relación de superioridad que colmaría las exigencias del inciso inicial. Si fuese así, sobraría la segunda parte del precepto.

b) Pasemos a examinar el parentesco . La dicción del Código no es muy afortunada por la perturbadora referencia sin matices a la afinidad. Aquí eso no nos afecta en tanto que sencillamente no hay parentesco. Se habla de ascendientes, descendientes, o hermanos por naturaleza o adopción y afines. Es claro que no está comprendido ni el tío carnal, ni el afín, ni menos la pareja afectiva del tío o tía. El parentesco colateral está excluido, salvo el caso de hermanos.



1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100



De los hechos consistentes, como ya hemos reseñado, en que el acusado practicó a la menor tocamientos en los genitales se desprende su inequívoco carácter sexual afectante a la libertad e indemnidad sexual de la menor. Por otro lado, en las sentencias del Tribunal Supremo se alude para apreciar la agravante de prevalimiento a contextos de amistad o confianza que posibilitan el acceso del autor al menor, lo que aquí no se da.

Por todo lo expuesto, sólo cabe apreciar la concurrencia del tipo básico del art 183.1 CP.

UNDÉCIMO.- De los anteriores delitos es criminalmente responsable, en concepto de autor, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 28 del Código Penal , el acusado, por su participación directa, material y voluntaria en los hechos que lo integran, como ha quedado acreditado para este Tribunal por las pruebas practicadas directamente y las reproducidas en el juicio oral.

Como se encarga de aclarar la doctrinal jurisprudencia ya citada, no exige este tipo delictivo móviles específicos del autor, como satisfacer sus apetencias sexuales. Basta para apreciar la existencia de dolo ser consciente de que con el acto realizado se atenta contra la libertad e indemnidad sexual del menor. Y es lo que aquí ocurre. Dadas las zonas objeto de tocamiento la zona genital de la menor, no podía éste sino ser consciente de que con ello se afectaba a esa libertad.

DUODÉCIMO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

DÉCIMO-TERCERO.- Atendida la naturaleza e intensidad de los actos constitutivos de los delitos objeto de condena estimamos proporcionado la imposición, para cada uno de ellos, de la pena mínima de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Los actos consistieron en tocamientos superficiales por encima de la ropa en la zona genital de la menor, de modo que debido a que tales actos fueron fugaces, sin prolongarse mucho en el tiempo y que no se evidencia una connotación sexual más intensa, no estimamos que la conducta merezca más pena que la mínima prevista en el tipo.

También procede imponer como pena accesoria, por aplicación del artículo 57 en relación con el artículo 48 del Código Penal , la pena de prohibición de aproximación y de prohibición de comunicación con la víctima por tiempo de dos años superior a la pena de prisión impuesta (lo que hace un total de cuatro años para cada uno de estos delitos), consistente en comunicarse por cualquier medio con la menor, así como acercarse a ella, a su domicilio o lugar de estudios o trabajo a menos de 500 metros prohibiciones que habrán de cumplirse simultáneamente con la pena de prisión impuesta

Igualmente, procede la imposición de la medida de libertad vigilada durante dos años superior a la pena de prisión impuesta (lo que hace un total de cuatro años para cada uno de estos dos delitos), de conformidad con lo dispuesto en el art. 192.1 CP en relación con el artículo 106.1.j) del citado Código , en atención a las circunstancias concurrentes, consistente en la obligación del acusado de participar en programas de educación sexual, en atención a los mismos parámetros de gravedad del hecho ya expuestos, y que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta según el procedimiento contemplado en el art. 106.2 del CP, mediante propuesta a elevar por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria competente con al menos dos meses de antelación a la extinción de la pena privativa de libertad,



Conforme al art. 192.3 procede, igualmente, imponer la inhabilitación especial para el desempeño de profesión u oficio, remunerado o no, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad durante cuatro años por cada uno de esos delitos

DÉCIMO-CUARTO.- Responsabilidad civil

La indemnización por daños morales viene impuesta, en este caso, no solo por el genérico art. 113 CP , sino también de forma específica para estas infracciones por el art. 193 CP .

Como expresa la sentencia del Tribunal Supremo 733/16 de 5 de octubre , el tema de su cuantificación es muy espinoso. Así, se dice en dicha sentencia, No puede hacerse con arreglo a criterios reglados o aritméticos incompatibles con la naturaleza de ese daño "no patrimonial" por definición; frente al que solo cabe una "compensación" económica. Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho. Mientras que la finalidad de la reparación del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable. La indemnización tendrá como función el alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos y nada precisos. La motivación no puede ser exigible en iguales términos, aunque tampoco puede ser del tipo "alguna-cantidad-habrà-que poner" como se ha dicho por algún tratadista de forma gráfica. Ante la imposibilidad de encontrar estándares de referencia claros, hay que acudir a valoraciones relativas (vid. SSTC 42/2006 o 20/2003, de 10 de febrero). Pas de motivation sans texte se dice en el país vecino cuando las normas remiten al prudente arbitrio a la discrecionalidad o a la equidad. No puede afirmarse lo mismo en nuestro ordenamiento (así se desprende de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que acaban de citarse). Pero en caso de indemnización por daño moral una valoración genérica puede ser suficiente. Ese estándar mínimo que no puede estirarse más, salvo con el uso de la retórica o de fórmulas huecas pues no van a conducir a cifras exactas, está colmado por la sentencia (STS 684/2013, de 16 de julio) que dedica su fundamento jurídico séptimo, tan elaborado como el resto de la sentencia, a esta cuestión. (...) No pueden exigirse en esta materia ecuaciones exactas. Es notorio que mantener contactos sexuales de esa forma con adolescentes ocasiona un negativo impacto psíquico. Verter razonamientos esforzándose en justificar los perjuicios morales y su alcance sería tanto como minusvalorar la sensibilidad del lector de la sentencia. Resulta innecesario detenerse a considerar por qué ese tipo de hechos ocasionan perjuicios morales en una persona y por qué es ineludible cuantificarlos en una cifra que sea algo más que un símbolo. La STS 1534/1998 de 11 de diciembre , ante una alegación similar, expresa lo que, por otra parte, es obvio: "El recurrente no ha tenido en cuenta que la motivación del daño moral producido no careció de fundamento, pues se han fijado los hechos que han producido el daño. La cuantificación del mismo en dinero es, en principio, imposible de realizar, en la medida en la que el daño moral no genera gastos precisos". (STS nº 1033/2013, de 26 de diciembre).

En el presente caso, con independencia de que el informe pericial psicológico advierta que en el momento actual, el de la exploración, , ya no encuentre una huella significativa derivada de los hechos denunciados, señalándole la menor a la propia psicóloga forense que ya no tiene afectación al haber transcurrido tiempo, no podemos desdeñar la naturaleza del hecho en sí, que tuvo lugar en la época de pleno desarrollo, en la pubertad de la niña.





1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100



Desde esta perspectiva, y al margen de que afortunadamente, por lo que se infiere del informe pericial psicológico forense, la menor pueda haber superado este hecho, este en sí mismo produce una afectación, un menoscabo de la dignidad personal de la víctima, que además se encontraba en pleno desarrollo de su personalidad, lo que implica un daño que debe ser necesariamente cuantificado al margen de que resulte muy difícil fijar una cantidad que siempre estará encaminada a reparar en lo posible esa lesión.

Con todo ello consideramos ajustada a derecho y no desmesurada la fijación por el Ministerio Fiscal de la cantidad de tres mil euros, asumiéndola por ello como razonable en atención a las consideraciones expuestas.

DÉCIMO-QUINTO.- Se debe imponer al acusado el abono de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal .

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

Que condenamos al acusado **D. Juan I** como autor responsable de **DOS delitos de abuso sexual**, ya definidos, a la pena, **para cada uno de ellos de dos años de prisión**, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y accesorias de **prohibición de aproximación y de prohibición de comunicación con C** ; **su domicilio o lugar de estudios o trabajo a menos de 500 metros por tiempo de cuatro años**, prohibiciones que habrán de cumplirse simultáneamente con la pena de prisión impuesta, **y de libertad vigilada durante cuatro años**, consistente en la obligación del condenado de participar en programas de educación sexual que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta según el procedimiento contemplado en el art. 106.2 del CP, mediante propuesta a elevar por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria competente con al menos dos meses de antelación a la extinción de la pena privativa de libertad, e inhabilitación especial para el desempeño de profesión u oficio, remunerado o no, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad durante cuatro años.

Así mismo, en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, **D. Juan I** indemnizará a a través de su representante legal, en la cantidad de 3.000 euros. Estas cantidades devengarán los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Para el cumplimiento de las penas impuestas se abonará el tiempo de privación provisional de libertad que la acusada hubiera sufrido por esta causa.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación del que conocerá la Sala de apelaciones de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, y que deberá ser presentado ante esta Audiencia en el plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.