



Roj: **STS 4144/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4144**

Id Cendoj: **28079120012017100760**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2017**

Nº de Recurso: **431/2017**

Nº de Resolución: **743/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 431/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 743/2017

Excmos. Sres.

D. Jose Ramon Soriano Soriano

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

En Madrid, a 16 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 431/2017, interpuesto por **D^a. Felicísima** representada por la procuradora D.^a Rosa María Martínez Virgili y bajo dirección letrada de D. José Fernando Crespo Torres contra la sentencia absolutoria de fecha 9 de diciembre de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo Tercera .

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida **D. Jesús Luis** representado legalmente por la procuradora D.^a Cristina Méndez Rocasolano y bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Reguera Gómez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 18 de Madrid incoó Diligencias Previa Procedimiento Abreviado núm. 5237/2012 contra **D. Jesús Luis** por delito de abusos sexuales; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección Vigésimo Tercera (Rollo de P.A. núm. 1803/2015) dictó Sentencia absolutoria en fecha 9 de diciembre de 2016 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«PRIMERO.- Teresa nació el día NUM000 de 2010, a los cuatro meses de su nacimiento sus padres, Felicísima y Jesús Luis , se separaron y posteriormente se divorciaron en virtud de sentencia de 2 de junio de 2011 del Juzgado de P. Instancia 80 de Madrid. Teresa quedó desde la separación de sus padres al cuidado de su madre con la que ha convivido desde su nacimiento. Desde el primer momento de la separación las visitas de Teresa con su padre han sido motivo de desacuerdo entre los progenitores; antes de existir una resolución



judicial, Felicísima ofreció a Jesús Luis un régimen de visitas con Teresa, que era lactante en ese momento, con el que Jesús Luis no estaba de acuerdo porque era incompatible con su horario laboral.

El procedimiento de divorcio entre Felicísima y Jesús Luis fue contencioso, en la sentencia del Juzgado de P. Instancia 80 se atribuyó la guarda y custodia de Teresa a su madre y se fijó un régimen de visitas entre padre e hija que se iría ampliando a medida que Teresa fuera creciendo. Esta sentencia fue recurrida por ambos progenitores y la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid resolvió los recursos de apelación en sentencia de 5 de octubre de 2012, esta sentencia básicamente confirmaba la dictada por el Juzgado de P. Instancia 80 de Madrid, modificando el día entre semana de visita entre Jesús Luis y Teresa, señalándose el miércoles, y la cuantía de la pensión por alimentos que Jesús Luis debía abonar a su hija, que se fijó en 750 euros mensuales.

SEGUNDO: 1º El día 19 de octubre de 2012 Felicísima llevó a Teresa a su pediatra, Dr. Jon y la niña contó al médico que había jugado con su padre al juego del león, que su padre hacía como que la comía y frota con el dedo "aquí".

2º El día 12 de noviembre de 2012 Teresa acudió a consulta con el Dr. Jon y volvió a contar que había jugado con su padre al juego del león y que hacía como que la comía.

3º El día 19 de noviembre de 2012 Teresa volvió a la consulta del Dr. Jon y contó otra vez que había jugado con su padre al juego del león con una cucharita. El pediatra apreció que la zona intergenital y perineal de la menor estaba irritada. 4º El día 17 de diciembre de 2012 Teresa vuelve a su pediatra y la menor dice que ha jugado con su padre al juego del león, que su padre a veces utiliza cuchara y tenedor haciendo como el león que come.

5º El día 19 de diciembre de 2012 Felicísima llevó a Teresa al servicio de urgencias del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, en el que refirió la Dra. María Consuelo que Teresa había jugado al león con su padre, que no le gusta y que le hace daño. La doctora refleja que en la zona vulvar de la niña se encuentra un pelo terminal algo rizado; como diagnóstico refleja "problema social" y recomienda acudir al servicio de pediatría social del mismo hospital.

6º El día 20 de diciembre de 2012 Teresa acudió al servicio de pediatría social en el que fue examinada por el Dr. Doroteo, el cual diagnostica "presunto abuso al menor" y recomienda acudir al pediatra de cabecera, a consulta en el mismo servicio de pediatría social y después al CIASI.

A continuación Teresa inició el día 28 de diciembre de 2012 unas sesiones con la psicóloga Purificación que se prolongaron durante 22 semanas, con una frecuencia de una sesión semanal de una hora.

7º El día 1 de febrero de 2013 Teresa acudió a consulta con su pediatra Dr. Jon por un catarro, el doctor emitió un informe de 19 de febrero de 2013 en el que consta que el día 1 de febrero (Teresa) "preguntada dice que papi le hace el león con la mano y la lengua (señalando la zona vulvar) y no quiere que lo haga".

8º El día 12 de febrero de 2013 Teresa acudió otra vez a la consulta del Dr. Jon por un proceso intestinal, haciendo constar el doctor en su informe de 19 de febrero que Teresa "dice espontáneamente que no quiere ir con papi porque le hace el león y le hace daño".

9º El día 18 de febrero Teresa volvió a la consulta de su pediatra por una faringitis. En su informe de 19 de febrero el Doctor Jon hace constar lo siguiente: "Debido al aspecto de tristeza de la niña entablamos el siguiente diálogo:

¿Quién te hace la comida, papi o Lala?

Papi

¿Te gusta?

Sí

Entonces ¿Te gusta ir con él?

No

¿Por qué?

Me da miedo, me hace el león y me hace daño y no me gusta la flecha que está mojada.

¿Con qué hace el león?

Señala la mano y la lengua.

¿Cuándo te hace el león?



Todos los días."

10° El día 8 de diciembre de 2013 Felicísima llevó a Teresa al servicio de urgencias del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, donde fue examinada por la Dra. María Cristina, quien apreció que la niña presentaba escozor y eritema en región vulvar y tomó fotografías. La doctora refleja en el parte médico que extendió que "la niña refiere que su padre jugó con ella al juego del león con un pico rojo de verdad que se mete en el culete" y diagnosticó un problema social.

11° El día 9 de diciembre de 2013 Teresa acudió a la consulta del Dr. Jon, en el informe médico emitido el doctor hace constar que Teresa ha manifestado que "su padre le ha hecho el león manifestando, como otras veces, que ha sido frotando con lengua, dedo y el pico en las zonas alteradas y que esta vez le ha puesto el pico rojo en el ano".

12° El día 29 de diciembre de 2013 Felicísima llevó a Teresa al servicio de urgencias del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, donde fue examinada por la Dra. Piedad y en el parte emitido la doctora hace constar que Teresa "acude con enrojecimiento anal. Al preguntarle a la niña qué le ocurre responde que su padre ha jugado con ella hoy al juego del león. Refiere que su padre le chupa el culito, le mete el dedo y el pico"; su diagnóstico es "problema social, sospecha de abuso".

13° El día 30 de diciembre de 2013 Teresa acudió a la consulta de Dr. Jon por síntomas catarrales "así como alteraciones dérmicas en zonas perineal y anal". En el informe del doctor consta "Según manifestaciones de la menor, su padre en los últimos días le ha hecho el león frotando con la lengua, dedo y pico en las zonas alteradas".

14° Teresa acudió también cinco veces a consulta de pediatría social con el Dr. Doroteo los días 28 de noviembre, 2, 9, 12 y 30 de diciembre de 2013. El doctor emitió un informe de 31 de enero de 2014 en el que diagnosticaba un presunto abuso al menor y añadía "Las verbalizaciones de la menor son compatibles con su edad cronológica. Descartamos inducción deliberada por parte de la figura materna".

TERCERO: No ha quedado acreditado en qué consiste el juego del león que refería Teresa ».

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

«Que debemos absolver y absolvemos a Jesús Luis del delito continuado de abusos sexuales a menor por el que fue acusado, declarando de oficio las costas causadas. No ha lugar a deducir testimonio contra Leticia ».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D^a. Felicísima, teniéndose por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de la recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECr., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos. En particular:

- 1.- Informes médicos elaborados por el doctor Jon, folios 39 y 40, 791, 576 y 578
- 2.- Informes de urgencias del Hospital Niño Jesús, folios 41, 575 y 845 y 576 y 846.
- 3.- Informes del doctor Doroteo, jefe del servicio de pediatría social del Hospital Niño Jesús, obrantes a folios 42 a 44, 1016 y 1017 y 1123 y 1124.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr., y del art. 5.4 LOPJ, al entender esta parte que la sentencia vulnera el art. 24. 1 y 2 CE, por resultar arbitraria, irrazonable o absurda.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr., y del art. 5.4 LOPJ, al entender esta parte que la sentencia vulnera el art. 39. 1, 2 y 4 CE.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por inaplicación o incorrecta aplicación del art. 183. 1 y 4 a) y d) CP, en relación con el art. 74 CP.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida, D. Jesús Luis, se opuso a los motivos del recurso planteado por la recurrente, interesando la inadmisión de los motivos formulados e impugnándolos de manera subsidiaria; el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los motivos del recurso interpuesto de conformidad con las razones expuestas en su informe de fecha 24 de marzo de 2017; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 2 de noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la representación de la acusación particular, madre de la menor, la sentencia que absuelve al acusado de un delito continuado de abusos sexuales en la persona de esa menor, su propia hija, desde que contaba dos años hasta que casi cumplió los cuatro; donde formula un primer motivo por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECr ., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos.

1. Los documentos que designa, son:

1.- Informes médicos elaborados por el doctor Jon , folios 39 y 40, 791, 576 y 578.

2.- Informes de urgencias del Hospital Niño Jesús, folios 41, 575 y 845 y 576 y 846.

3.- Informes del doctor Doroteo , jefe del servicio de pediatría social del Hospital Niño Jesús, obrantes a folios 42 a 44, 1016 y 1017 y 1123 y 1124.

Argumenta que hasta 5 médicos distintos e independientes objetivan en sus informes la existencia de presuntos abusos sexuales sobre la menor con referencia a los días que venía de estar con su padre; que todos los médicos citados, sin excepción, otorgan credibilidad a las manifestaciones de la menor, que se corresponden con las lesiones objetivadas.

Adiciona además una valoración a los informes de: a) la psicóloga Doña Purificación , para precisar que la sentencia solo se refiere a cuatro de las veintidós sesiones que tuvo con la menor y criticar la valoración que la resolución recurrida realiza de la misma; y b) de la Clínica médico forense, del que ya solicitó al inicio de las sesiones del juicio que dicho informe se tuviera por no aportado y que no se le otorgara valor probatorio por no haberse observado en su elaboración las más mínimas garantías procesales, por cuanto se trata de un test de verosimilitud de la menor respecto del que no existen grabaciones, de manera que la escasa (si es que la hubo realmente) exploración de la menor y las perjudiciales conclusiones que se emiten para esta parte (que sirven de base al resto de informes psicológicos sucesivos), se han realizado sin ninguna garantía procesal y con quebranto del principio de contradicción, aun cuando el informe se ratificará en instrucción y se ratificará en el juicio oral.

Dictamen este, al que atribuye la predeterminación del resto de los informes obrantes: los dos periciales Psicosociales y psiquiátrica forense solicitados por el Juzgado 80 (familia), el informe del psicólogo del CIASI y, los informes psicológicos a instancia de la Defensa.

2. Hemos reiterado (vd. SSTS 492 /2016, de 8 de junio ; 794/2015, 3 de diciembre ; 860/2013 , con cita de la STS 539/2013 de 27 de junio , etc.) que el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECr ., se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

Error de hecho que sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominados "litosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECr ., lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "litosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios.

A este respecto, recuerda con frecuencia la jurisprudencia de esta Sala (STS núm. 3/2016, de 19 de enero con cita de la 458/2014, de 9 de junio y 370/2010, 29 de abril y de otras varias), que solo excepcionalmente hemos admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como:



a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario; y

b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable.

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación. *Las pruebas periciales no son auténticos documentos*, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECr. Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECr). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

En definitiva, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECr. No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si, en definitiva, la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECr. (art. 849.2) en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efecto nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio (SSTS. 275/2004, 5 de marzo y 768/2004, 18 de junio).

3. En autos, el propio planteamiento del recurso, donde se encuentra obligado el recurrente a neutralizar valorativamente otros informes para atender en exclusividad a los invocados, determina la inviabilidad de que prospere el motivo por *error facti*.

Tanto más, cuando como informa el Ministerio Fiscal en la impugnación de su informe, los peritos informantes en el que el recurrente pretende fundar el error, todos ellos sometidos a efectiva contradicción, no excluyeron que las lesiones apreciadas en la menor hubieran podido tener otras causas (diarreas o incontinencia urinaria), y por otra parte, que de los documentos citados y de dichos informes no se deduce "per se", y de manera incontrovertida, que se hubieran producido los abusos, se habla de sospecha o de presuntos abusos, y que ante dichas sospechas activaron el protocolo.

Efectivamente, la Audiencia en el fundamento cuarto, analiza dichas pruebas de manera minuciosa, donde de conformidad con las manifestaciones de los peritos, resulta que ninguno de los peritos es concluyente respecto de la existencia de abusos, meramente indican la existencia de enrojecimientos, irritaciones y eritemas en zona genital, compatibles con abusos.

Nada indican lógicamente, de que tales irritaciones sean consecutivas a visita del padre, lo que requiere su integración con otras pruebas.

Ciertamente, también hicieron referencia a las manifestaciones de la niña, a la sazón de dos o tres años de edad, pero como se fundamenta del quinto al séptimo fundamento de la resolución recurrida, resulta que de manera abrumadoramente mayoritaria de los informes psicológicos emitidos, la falta de rigor del informe pericial de la psicóloga de la menor; concluyen las periciales oficiales, que no existen datos que permitan inferir un abuso sexual y sí quizás una inducción adulta a la menor para dar un determinado testimonio, (psicólogas de la Clínica Médico Forense y de las profesoras de psicología de la Universidad Autónoma de Madrid); y en idéntico sentido se pronuncia la pericial psicológica propuesta por la defensa.

Periciales, emitidas y practicadas sin vicio de nulidad alguna, al margen de la valoración de la fiabilidad que al Tribunal hayan merecido en atención al procedimiento seguido.

El motivo se desestima; ni los "documentos" invocados son autosuficientes, carecen de autoliteralidad para acreditar el abuso que pretende el recurrente; ni siquiera lo afirman de manera inequívoca; y existe otra prueba que cuestiona el abuso imputado al acusado.



SEGUNDO. - El segundo motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr ., y del art. 5.4 LOPJ , al entender esta parte que la sentencia vulnera el art. 24. 1 y 2 CE , por resultar arbitraria, irrazonable o absurda.

1. Afirma que no resulta razonable: a) que la sentencia recoja como hecho probado, que no ha quedado acreditado en qué consiste el juego de león que refería la menor; b) que afirme que la acusación carece de una base o relato fáctico; c) sostener la incredibilidad subjetiva de los familiares por parte de la madre de la menor y no hacerlo extensivo a la madre del acusado; d) la conclusión respecto a los informes médicos relativos a las indicaciones vaginales y anales que fueron apreciadas; e) el distinto valor que se otorgan a las distintas periciales psicológicas y f) se tilde de ilógico que en la exploración de la menor en el juicio oral desaparece el llamado juego de León, por cuanto que no se le preguntó por el mismo.

2. Como se recoge, entre otras ocasiones en la STS núm 633/2017, de 22 de septiembre donde se citan a su vez numerosos precedentes, el derecho a la tutela judicial efectiva, conforme reiterada doctrina constitucional y casacional (vd. por todas STC 50/2014, de 7 de abril de 2014), comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso. Ello supone, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero). En segundo lugar , que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto ; 25/2000, de 31 de enero ; 221/2001, de 31 de octubre ; 308/2006, de 23 de octubre ; 134/2008, de 27 de octubre ; por todas).

En definitiva, el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero ; 13/2012, de 30 de enero y 27/2013, de 11 de febrero , etc.).

Exigencia también predicable de las sentencias absolutorias, conforme argumenta la STC 169/2004, de 6 de octubre . "Ciertamente la motivación de las Sentencias es exigible ex art. 120.3 CE "siempre", esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante ha de señalarse que en las Sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales -y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal- la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello hemos reforzado el canon exigible (SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ 2 ; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2 ; 157/1997, de 13 de julio, FJ 4 ; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4 ; 116/1998, de 2 de junio , FJ 4 ; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2 ; 147/1997, de 4 de agosto, FJ 3 ; 109/2000, de 5 de mayo , FJ 2). Por el contrario las Sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras Sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, como dice el art. 120.3 CE , es requerida "siempre". No cabe por ello entender que una Sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del por qué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad". Doctrina reiterada en la STC 115/2006, de 24 de abril , FJ 5, con cita literal de la anterior.

Consecuentemente, la jurisprudencia de la Sala Segunda, ha reconocido que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser invocado por el Ministerio Fiscal, o la acusación particular, cuando su pretensión punitiva, dándose los presupuestos procesales para ello, no obtiene respuesta alguna del Tribunal de Instancia o bien la misma es arbitraria, irrazonable o absurda, vulnerándose de esta forma lo recogido en los arts. 24.1 , 9.3 y 120.3, todos ellos de la Constitución Española , en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (STS 178/2011, de 23 de febrero).

Aunque efectivamente, no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que construyendo una imagen especular de este derecho fundamental primigenio, lo invierta para ponerlo al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, y tornarlo en perjuicio de



los ciudadanos acusados que es para quien se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (SSTS 631/2014, de 29 de septiembre o 901/2014, de 30 de diciembre).

De modo que, advierte la última de las resoluciones citadas, *la supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés . Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en sentencias absolutorias los mismos parámetros que en las condenatorias, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable .*

La fuerza del principio constitucional de presunción de inocencia, que debe ser contrarrestada por la prueba de cargo y por la motivación condenatoria, no existe como contrapeso de la argumentación cuando se trata de dictar, por insuficiencia de convicción, una sentencia absolutoria, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Estado, como titular del "ius puniendi", para revocar una sentencia absolutoria, solo alcanza a supuestos excepcionales, y no puede construirse invirtiendo en forma especular la argumentación sobre la razonabilidad de la valoración utilizada en el ámbito del derecho fundamental a la presunción de inocencia (SSTS 631/2014, de 29 de septiembre y 901/2014, de 30 de diciembre).

Por tanto, resulta necesario distinguir claramente los recursos en los que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva se utiliza por las acusaciones como presunción de inocencia invertida, es decir para cuestionar desde la perspectiva fáctica la valoración probatoria del Tribunal sentenciador, que apreciando toda la prueba de cargo practicada no ha obtenido la convicción necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia, de aquellos supuestos, absolutamente diferentes, en los que la impugnación se refiere ya a la exclusión voluntarista y expresa de parte del contenido fáctico de cargo, que se decide no enjuiciar; ya a la preterición de una parte sustancial del acervo probatorio, sea por mera omisión inexplicada o por error de derecho al apartar indebidamente una prueba de cargo válida de la valoración; ya a la motivación integrada por una mera aseveración apodíctica, entre otras concreciones.

Dicho en los términos de la STS 598/2014, de 23 de julio , mientras el derecho a la tutela procura la legitimidad de la decisión, en cuanto excluye la abrupta arbitrariedad, en lo que aquí importa, en las razones que el Tribunal expone le determinaron para establecer el presupuesto fáctico y sobre cuya veracidad se muestra convencido, el derecho a la presunción de inocencia atiende más a la vertiente objetiva de la certeza a cuyos efectos lo relevante es que tales razones sean convincentes para la generalidad. Por eso, mientras el canon exigido por la tutela se circunscribe a un mínimo, atendida la necesidad de conocimiento por los demás de aquellas razones, la presunción de inocencia exige más intensa capacidad de convicción a los argumentos de suerte que puedan ser asumidos, y no solamente conocidos, por todos, más allá de la subjetividad del Tribunal.

De ahí que hayamos expresado que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el caso de la *quaestio facti* se concreta en el derecho a saber del tratamiento dado por el tribunal al material probatorio y del porqué del mismo (STS 796/2014, de 26 de noviembre).

3. Desde los anteriores parámetros, el motivo necesariamente debe ser desestimado, pues de la detallada valoración probatoria que de manera minuciosa desgrana la resolución recurrida, resulta obvio de donde surge el apartado declarado probado y muy especialmente cuáles son las razones por las que la comisión delictiva, pese a los indicios que expresamente enumera, no la declara probada.

No hurta la Audiencia el examen y valoración de ninguna de las pruebas practicadas:

El interrogatorio del Acusado.

La declaración de la abuela paterna.

La declaración de la madre de la menor.

La declaración de la tía materna de Teresa .

La declaración del abuelo materno.

Los informes y declaración del Dr. Jon .

El informe y la declaración de la Dra. María Consuelo .

El informe y la declaración de la Dra. María Cristina .

El informe y la declaración de la Dra. Piedad .

Los informes y la declaración del Dr. Doroteo .

Los informes, grabaciones y declaración de la psicóloga Dña. Purificacion .

El informe y la declaración de las psicólogas de la Clínica Médico Forense, Dña. Fidela .

El informe y la declaración del Psicólogo del CIASI, D. Franco .

El informe y la declaración del psicólogo D. Mario .

El informe y la declaración de las profesoras de psicología de la memoria Dña. Sagrario y Dña. Elsa .

El informe y la declaración de la psicóloga Sra. Sandra y de la trabajadora social, Sra. Camino .

El informe y la declaración del psicólogo D. Anibal .

La exploración de la menor Teresa .

Y tras su meticuloso análisis y valoración concluye motivadamente que los indicios de enrojecimiento en varias ocasiones y eritemas en cuatro de ellas, de las zonas genitales con la menor, son compatibles con los abusos, pero pueden obedecer a otras causas (diarreas o incontinencia urinaria), mientras que las pruebas psicológicas, de las que justifica adecuadamente su validez, concluyen, salvo en el caso de Doña Purificacion que no existen datos que permitan inferir un abuso sexual por parte del acusado y sí, quizás, una inducción adulta a la menor para dar un determinado testimonio; y apuntan la posibilidad de que Teresa esté sufriendo un proceso de victimización secundario derivado de las reiteradas intervenciones a las que ha sido sometida.

Así, entre otros, las psicólogas de la Clínica Médico Forense Sras. Fidela ; que indican que la asociación de una flecha con un pene es algo totalmente desajustado en un niño de tres o cuatro años como tenía Teresa , tal imagen sólo puede ser sugerida por un adulto; los niños a esa edad distinguen redondo, cuadrado, alargado, pero no asocian pene con flecha. Dicen las psicólogas que la niña entra en una dinámica de fabulación, porque le hacen constantes y reiteradas preguntas sobre cuestiones que no comprende y responde cualquier cosa y así surgen incongruencias como la de que el juego del león es meter las tijeras por el culo, pero no le duele, o que juega al león con su padre en el parque. Dicen que Teresa asocia juego del león al parque, algo que también ha podido comprobar el tribunal pues lo repite varias veces.

El psicólogo Don Franco , del CIASI, elaboró un informe concluye con un cierre del expediente considerando que no existía una situación compatible con abuso sexual infantil.

Las profesoras de psicología Sagrario y Elsa de la Universidad Autónoma de Madrid elaboran su informe basado en las sesiones grabadas por la Sra. Purificacion y alcanzan unas conclusiones muy similares a las formuladas por las psicólogas Sras. Fidela , coinciden con ellas en que las preguntas que efectúa la Sra. Purificacion son sugestivas y la reiteración con que se plantean a la menor puede llegar a ser coactiva, advierten también del riesgo de crear una falsa memoria en la menor a base de repetición de tal modo que la niña ya no distingue qué es verdad de qué es mentira; la niña se ha aprendido lo del juego del león y lo de la flecha y lo suelta; coinciden con las psicólogas forenses en que la asociación flecha-pene no es propia de una niña de esa edad; señalan también que hay muchas preguntas negativas sobre el padre y así se va creando un estereotipo negativo.

Y es justamente, tras las sesiones iniciadas con la Sra. Purificacion cuando se producen las verbalizaciones más inquietantes de la niña, cuando habla de la flecha que se moja.

En definitiva, absolutamente explicada la falta de la inequívoca acreditación del abuso, la valoración que se concede a cada pericia en relación con la acreditación de la comisión delictiva, o por qué el cuestionamiento del juego del león, tal, cómo, por quién y cuándo, es narrado.

El motivo se desestima.

TERCERO. - El tercer motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr ., y del art. 5.4 LOPJ , al entender que la sentencia vulnera el art. 39.1 , 2 y 4 CE .

1. Alega que parece evidente que por elementales razones de prudencia el restablecimiento de la visitas paternofiliales no debería nunca realizarse de manera brusca, sino paulatina y, en todo caso, de manera supervisada por informes del correspondiente Punto de Encuentro Familiar. Pero sin embargo, afirma, la sentencia impugnada, con independencia de que llegue a una conclusión absolutoria, deja a la menor en una situación de absoluta desprotección, cuando era competente para adoptar cualquier medida que garantizara que el restablecimiento de la relación paternofamiliar, se haga sin riesgo para la menor, sin necesidad de dejar esta cuestión a la jurisdicción de familia.



2. Alude el recurrente sin mencionarlo a la petición que a través de recurso declaración o complementación formuló tras dictarse al sentencia de instancia, donde interesaba se dictara resolución que incluyera un pronunciamiento que mantuviera la medida cautelar de visitas supervisada por un punto de encuentro familiar.

Tal petición se formulaba al amparo del apartado tercero del art. 544 quinquies: *Una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil.*

La Sala de instancia, aunque acordó que no había lugar a aclarar o complementar la sentencia dictada, en su fundamentación, precisó que no apreciaba razones que justificaran el mantenimiento de la medida cautelar.

Pero que tal denegación se acordara en auto de aclaración que lógicamente se integra la resolución recurrida, no determina que su impugnación pueda tramitarse como parte integrante de un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, cuando expresamente la norma:

a) remite la posibilidad de instar su modificación (o alzamiento, en su caso), ante el *Juez*, no menciona al Tribunal; y

b) al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I del Título IV, y con sujeción, además de siete reglas específicas que la norma incorpora.

En cualquier caso, como informa el Ministerio Fiscal, tal cuestión no fue propuesta por el recurrente en el curso del procedimiento y por tanto no fue objeto de debate en el juicio oral, de modo que entrar a resolver tal cuestión, quebrantaría el derecho defensa de la contraparte.

CUARTO. - El cuarto y último motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por inaplicación o incorrecta aplicación del art. 183. 1 y 4 a) y d) CP, en relación con el art. 74 CP.

Donde exclusivamente, se limita a indicar que "dando por reproducido lo expuesto en los motivos precedentes, cabe afirmar que los hechos probados determinan la aplicación del tipo penal por el que se formuló acusación, por lo que su inaplicación determina la infracción denunciada".

Es decir, dada la intangibilidad del relato de hechos declarado probado, donde no se describe comportamiento delictivo alguno, parte tácitamente de un *factum* modelado conforme a su propia valoración probatoria, para concluir tal comisión.

Pero como hemos indicado, el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

El motivo se desestima.

QUINTO. - De conformidad con el art. 901 LECr, procede la imposición al recurrente de las costas causadas.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de la acusación particular, **D^a. Felicísima** contra la sentencia absolutoria de fecha 9 de diciembre de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo Tercera, en su rollo PA 1803/2015, con origen en las Diligencias Previas 5237/2012 del Juzgado de Instrucción núm. 18 de Madrid, seguido por delitos continuados de abusos sexuales, con expresa imposición de las costas a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.



Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre
Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ