

Roj: **STS 4553/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4553**Id Cendoj: **28079120012016100782**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/10/2016**Nº de Recurso: **495/2016**Nº de Resolución: **777/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 234/2016,**
STS 4553/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Octubre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuesto por el Procurador Sr. Gómez-Villaboa y Madri en nombre y representación de **Balbino** contra sentencia de fecha doce de febrero de dos mil dieciséis dictada por la Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección Tercera, en causa seguida contra el mismo por delito continuado de abuso sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco, siendo también parte el Ministerio Fiscal e interviniendo como parte recurrida, Claudio y Africa, representados por la Procuradora Sra. Moreno Gómez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 2, tramitó Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado núm. 2/2015 contra Balbino por delito continuado de abuso sexual; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional cuya Sección Tercera (Rollo de Sala P.A. núm. 16/2015) dictó Sentencia en fecha doce de febrero de 2016 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

" PRIMERO.- El acusado Balbino, mayor de edad, de nacionalidad española y francesa, sin antecedentes penales, es el abuelo por línea paterna de la menor de edad Celestina, nacida el NUM000 .2008, que tenía seis años en el momento de la comisión de los hechos y que reside con sus padres en la vivienda sita en la CALLE000 de Ciudad Panamá.

SEGUNDO.- Entre los días 15 al 21 febrero 2014 la menor fue a visitar a sus abuelos en el domicilio de estos tienen en España, CALLE001 NUM001, de la localidad de San Feliu de Guixols. Durante este período, en fechas no determinadas, el acusado, aprovechando que su esposa se encontraba descansando en otra habitación o que se había ausentado de la vivienda y sin que ésta tuviera conocimiento, se introdujo en la ducha en compañía de la menor, pidiéndole que le lavara sus partes genitales, aproximándolas a las de la niña con ánimo lascivo, sin que conste que se produjera penetración en los órganos genitales. Similar comportamiento mantuvo al acusado con la menor en un sofá ubicado en el salón de la vivienda y en la habitación situada en la planta alta que constituye el despacho del acusado, donde con el mismo propósito el acusado solicitó a la menor que le tocara el pene acercándolo a la zona genital de su nieta.

TERCERO.- En el mes de agosto de 2014 el acusado junto a su esposa y abuela de la menor visitaron a sus familiares, su hijo Claudio, su esposa Africa y a la nieta menor de edad Celestina, en la vivienda que éstos tienen en la ciudad de Panamá. La noche del día 15 al 16 agosto la menor durmió en la habitación de sus abuelos



por ser el último día de la estancia de estos en Panamá, y en la mañana del día 16 agosto el acusado se introdujo con la niña en la ducha que hay junto al dormitorio ubicado en la planta superior a la vivienda repitiendo la conducta descrita en el apartado anterior. Como quiera que la niña tenía molestias en la zona genital se lo contó a su madre, quien a su vez se lo contó al padre quien inmediatamente pidió explicaciones al acusado, lo que dio lugar a un enfrentamiento y provocó que tanto al acusado como su esposa se dirigieran precipitadamente al aeropuerto pese a que la salida del vuelo estaba prevista para varias horas más tarde".

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

"Que debemos condenar y condenamos al acusado Balbino como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual de los artículos 183. 1 y 4 d, y 74 del Código Penal, en la redacción vigente en el momento de comisión de los hechos, a la pena de cinco años y un día de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela curatela, guarda o acogimiento, prohibición de aproximación a la menor a una distancia inferior a 500 m al lugar donde se encuentre, su domicilio o cualquier otro frecuentado por ella, y de comunicarse por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, durante un periodo de 6 años.

El acusado deberá indemnizar al representante legal de la menor en concepto de daños morales en la cantidad de 10.000 € e intereses legales del art. 576 LEC.

Se impone al acusado el abono de las costas del proceso, incluidas las de la acusación particular."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación del condenado Balbino, 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 del recurrente, formalizó el recurso alegando los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 por vulneración constitucional al amparo del art. 5. 4º LOPJ y 852 LECr., en relación con el art. 24 CE, por infracción del principio "in dubio pro reo" en relación con el derecho a la presunción constitucional de inocencia.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECr., que autoriza a este tipo de recurso cuando haya existido error en la apreciación de las pruebas.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr., por aplicación indebida de los artículos 109, 110 y 115 del Código Penal.

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión de los motivos aducidos solicitando subsidiariamente su desestimación, de conformidad con lo expresado en su escrito de fecha 14 de abril de 2016; 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 4 de octubre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La representación procesal del condenado en instancia por un delito continuado de abuso sexual de los artículos 183. 1 y 4 d, en relación con el artículo 74 del Código Penal, en la redacción vigente en el momento de comisión de los hechos, recurre en casación dicha resolución donde formula un primer motivo de recurso al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr, por infracción del principio in dubio pro reo en relación con el derecho a la presunción de inocencia.

1.- Argumenta que la declaración de la menor víctima de los hechos, única prueba de cargo, carece de entidad suficiente para enervar la presunción de inocencia que le ampara; que la sentencia recurrida, valora de manera ilógica e irracional la prueba practicada en el plenario. Invoca un ánimo espurio, económico, en los padres de la víctima, cuestiona el informe psicológico -que asevera se deriva de una entrevista sugestiva e inductiva-, que es la única corroboración del testimonio de cargo; aduce la existencia de contradicciones en las declaraciones de la menor y la inexistente valoración de los testimonios de los padres, por ser confusos y contradictorios. Mientras que el recurrente, por el contrario, fue coherente, declarando de forma detallada, reforzando su manifestación el testimonio de su esposa, abuela de la menor.

2. - Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba



de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

3.- Por otra parte, la declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional (vd. STS 210/2014, de 14 de marzo y las que allí se citan), puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada.

Así lo ha declarado tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 229/1.991, de 28 de noviembre , 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre), como esta misma Sala (SSTS núm. 788/2012, de 24 de octubre , núm. 469/2013, de 5 de junio , etc.).

La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de Casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testimonial de la víctima, el Tribunal Supremo, viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación. Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres



parámetros de contraste impide que la declaración inculpatória pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado cuando carece de elementos de corroboración, pues se trata de una declaración que carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

4.- En autos, es cierto que la única prueba de cargo es el testimonio de la víctima, pero el resto de pruebas practicadas, sirven para lograr la corroboración necesaria para confirmar la plena aptitud de la misma para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. Ahora bien, ello no supone que sencillamente baste la existencia de tal declaración, antes bien, será necesario un examen minucioso de dicha declaración y de su credibilidad, y junto a ello, la existencia de otros datos o elementos que puedan robustecer aquella credibilidad. Lo que importa es la razonabilidad de la convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en la sentencia condenatoria. 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. Aunque igualmente, esta Sala tiene declarado que la inmediación no puede constituirse en un blindaje del tribunal sentenciador para no motivar porque la inmediación no es un método de convencimiento del Juez ante el que se ha practicado la prueba sino la forma en la que la prueba se presenta ante el Juez. El método de convencimiento es la motivación fáctica, la explicación de los porqués de la credibilidad que se concede a la declaración de la persona concernida, en definitiva la explicación del proceso decisional, pues de otro modo sería imposible efectuar el control del razonamiento cuando de la causa conozca otro tribunal vía recurso con lo que la casación perdería el carácter de recurso efectivo en el sentido del art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Pero precisamente la sentencia de instancia, motiva adecuada, detallada y suficientemente la obtención de su conclusión valorativa, a lo largo de su tercer y cuarto fundamento, donde incluye y desarrolla los referidos parámetros de verificación de la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testimonial de la víctima. Así se describe como la menor, víctima de los hechos declaró por videoconferencia, reproduciendo en lo sustancial lo manifestado en la entrevista grabada ante las peritos psicólogas designadas para la emisión del informe pericial psicológico. Que en la menor -de 8 años de edad en la fecha de la vista oral- no se ha apreciado ninguna motivación que pueda restar sinceridad a su testimonio, ella y todos los testigos pusieron de manifiesto las buenas relaciones con el recurrente; su relato es verosímil, el informe psicológico de la menor lo consideró creíble, sin que se aprecie en el testimonio ningún dato que se oponga a la conclusión de las peritos.

Por otro lado, se descarta igualmente el ánimo espurio en los padres de la menor, mantenían unas relaciones normales previamente a los hechos y el recurrente en diversas ocasiones les había prestado apoyo económico.

En el mismo sentido, las peritos descartaron alguna sugestión por parte de un adulto en las explicaciones de la menor, y el Tribunal expresamente indica la relevancia del visionado de la entrevista que la menor mantuvo con las psicólogas, en la que se aprecian, dice, la corrección en la formulación de preguntas abiertas y "preguntas espejo" no siendo cierto que, como mantiene la defensa (y reitera el motivo), las preguntas fueran sugestivas, y en la que la niña se muestra expresiva y natural.

Además, en cuanto a los extremos que el motivo menciona como contradictorios, la víctima ha mantenido los datos que se han estimado probados, destacando la sentencia que los dos informes obrantes en las actuaciones, son coincidentes en lo fundamental, y la correspondencia entre los hechos tal y como fueron descritos por la menor, por medio del testimonio de referencia de sus padres, en la entrevista con las psicólogas ("él decía que yo le lave su parte privada", "me decía si tú lo dices a tus padres me voy a enojar", "me agarraba y lo hacía", "él me agarraba y yo estaba detrás", "él ponía su parte privada y yo lo tenía que lavar"), y finalmente por videoconferencia en el plenario (los hechos "ocurrieron en el sofá, en la ducha y en la oficina" que "él le decía de tocarle su parte privada" y que "en su casa fue en la ducha", "que él le pedía limpiar su parte privada, que pedía que tocara sus partes privadas"), razonando que las circunstancias concurrentes en la menor explican la brevedad de las respuestas y la resistencia a describir los hechos con una mayor amplitud.

La versión de la misma se ha mantenido sustancialmente desde la denuncia; su realidad se ve reforzada a juicio del Tribunal por la forma en que sale a la luz, cuando la niña lo cuenta espontáneamente a su madre horas antes de que los abuelos tuvieran que desplazarse al aeropuerto para regresar a su domicilio, y el Tribunal expresa la relevancia de que no exista una hipótesis lógica alternativa a la realidad de esos abusos, que permita explicar el por qué la menor ha podido achacarlos al recurrente abuelo, con el que mantenía la natural relación de proximidad, cercanía y afecto.

El recurrente negó los hechos y manifestó no saber la razón del testimonio de la niña, manteniendo la defensa como tesis exculpatória que podía estar influenciada por parte de los padres, centrando su defensa en que el acusado nunca se quedaba a solas con la menor. La sentencia razona sobre estos extremos que el recurrente



ahora reitera, como la tesis de la manipulación externa de la menor y el hecho de que la niña no se quedara nunca sola con su abuelo, según el testimonio de la testigo, abuela y esposa del acusado, así como el episodio del correo electrónico en que el padre pide un préstamo al recurrente, episodio posterior que se califica por la Sala de "sin duda muy censurable", pero que no permite cuestionar la credibilidad de un relato y de unos hechos que son anteriores en el tiempo; no considerando el Tribunal verosímil la explicación de una manipulación por parte de la madre, que no se compadece con los detalles del relato ni con la manera espontánea en que la víctima pone en conocimiento de terceros lo sucedido, ni la pretensión -reforzada por el testimonio de la esposa del recurrente y abuela de la menor- de que la niña nunca estuviese sola con el abuelo, que no se estima creíble.

Así pues, el detallado examen que se ofrece de las pruebas de autos, el análisis efectuado por el Tribunal de dichas pruebas practicadas a su presencia, sustenta de manera lógica la conclusión de la Sala, que la explica razonadamente, pese a la lógica discrepancia del recurrente con su condena.

Sin que en modo alguno, quepa la posibilidad de acudir al principio in dubio pro reo, que también invoca, por cuanto, el Tribunal, se muestra firme en su convicción, sin manifestar dubitación alguna, supuesto donde tiene operatividad este principio, que alude a dudas del Tribunal manifestadas, sin poder estar sustentado en las que se le han suscitado a la parte recurrente.

5.- A la argumentación anterior, debe adicionarse, que el móvil espurio alegado, admite el propio recurrente, que proviene de tercero, el padre de la menor y no de la niña; cuya declaración es la inculpatoria y cuya edad de seis a ocho años en los momentos en que presta testimonio y es sometida a examen de credibilidad, conlleva hartamente difícil una confabulación con fines exclusivamente económicos que lleven a mendaces manifestaciones, presentadas de manera convincente. Tampoco se detecta una eventual sugestionabilidad en la niña que enerve la veracidad de su declaración.

Mientras que en relación a la petición de 30.000 euros de petición indemnizatoria, el propio recurrente, invoca la jurisprudencia de esta Sala, manifestada entre otras, por la STS 609/2013, de 10 de julio, que precisa la obviedad de que el deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no puede calificarse en ningún caso de motivación espuria que pueda viciar la declaración de la víctima. Así el deseo de indemnización como reparación del ilícito penal cometido, en absoluto puede considerarse espurio, sino legítimo; la cuestión es previa, si el ilícito existió, donde el dato de la petición indemnizatoria poco esclarece.

De otra parte, la existencia o no de penetración, que se dice afirmada por la menor en instrucción y luego no ratificada, de donde asevera el recurrente la existencia de contradicciones, cuando se reconoce que se declaraba probado que el recurrente aproximaba sus partes genitales a los de la niña, conlleva exigir de la menor, un grado de definición y precisión no compatible con su nivel de infancia entre seis y ocho años; tanto más, cuando utilizaba generalmente expresiones espontáneas sugestivas de abusos sin acceso; así si bien expresó "me metía su parte privada", tal aseveración en menor, de seis años, no necesariamente representaba penetración vaginal; y así también afirmaba "el me agarraba y yo estaba detrás".

Por otra parte, no es dable atribuir a la menor las interpretaciones que de sus casi párvulas expresiones, realizaron los mayores de edad; menos aún atribuir a efectos procesales las manifestaciones ante las psicólogas; e inasumible, que la falta de precisión por carencia del efectivo conocimiento del alcance de expresiones derivadas de la corta edad de la víctima, que han servido para evitar la condena por acceso carnal, cuando los abusos son incontrovertidos en cualquier valoración lógica del acervo probatorio, sean invocados como fundamento para lograr la impunidad.

Esta Sala Segunda, ante la frecuencia de alegatos con similar argumentario al del recurrente (vd por todas STS núm. 61/2014, de 3 de febrero) señala 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. Ya 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 ya ha transcurrido cierto tiempo; ya porque 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. 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, entre otras el grado de madurez de la menor y el posible contenido que atribuya a las expresiones proferidas; especialmente cuando todo el núcleo narrativo, se integra por expresiones simples, adecuadas a su nivel de infancia, siempre sugestivas, de no haber mediado acceso carnal.



El resto de las imprecisiones que afirma el recurrente, siempre periféricas, entran de lleno, además de las razones anteriores, trascurso de dos años en una menor de seis años en el momento de los hechos y ocho en el de su testimonio en el juicio oral, en que las contestaciones se realizan en función de la concreción, modo y secuencia que se realizan las preguntas, donde no siempre se precisaba si era sobre episodios de los acaecidos en Panamá o en San Feliú; de forma que el criterio relevante, es si las discrepancias entre los dos testimonios compulsados afectan a hechos o datos nucleares o si como en autos, 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.

También, es obvio que la crítica al dictamen pericial, no resulta asumible, cuando la niña es oída tras crear un clima de confianza, los abusos los afirma tras pregunta abierta, sin sugestión ni indicación de ninguna clase; y sólo una vez narrados, estos, es cuando se le solicita alguna precisión.

6.- Para finalizar las consideraciones sobre la desestimación del motivo, conviene citar la STS 480/2016, de 2 de junio : *Las investigaciones criminológicas de abusos sexuales sobre menores de doce años, realizadas en hospitales, institutos médico forenses, centros de investigación y agencias de protección del menor, ponen de manifiesto dos datos relevantes que como regla de experiencia refuerzan la necesidad de utilización como prueba de cargo del testimonio de la víctima y al mismo tiempo ratifican la exigencia del máximo rigor en su valoración.*

En primer lugar, existe consenso científico en que la proporción de falsos relatos de abuso sexual infantil es muy reducida, pues la posición de dependencia del menor respecto del agresor, máxime cuando la agresión se produce en el ámbito familiar, le hace poco propicio para formular una acusación falsa. El miedo al rechazo, junto a los sentimientos de vergüenza y culpa, así como las frecuentes amenazas, suelen impedir la revelación del abuso.

En segundo lugar, la proporción de casos de abuso sexual sobre menores que no presentaron ninguna alteración en el examen físico es muy elevada. Esta ausencia de hallazgos médico forenses puede obedecer a varias razones. En primer lugar, puede tratarse de una modalidad de abuso que no ocasione trauma, como caricias, roces en zonas erógenas o requerimientos de masturbación sobre el abusador, por ejemplo, que no dejan huella física. En segundo lugar, aun cuando se produzcan lesiones genitales o anales, el retraso con el que normalmente se realizan las denuncias, incluso años después de haberse producido los hechos, puede determinar que la lesiones hayan cicatrizado, sin dejar vestigios o dejando vestigios inespecíficos [ver Revista Española de Medicina Legal, Volumen 42, núm. 2, abril-junio 2016, pág. 55 y siguientes].

La frecuente ausencia de vestigios físicos, unido al secreto que suele revestir esta clase de conductas, hace necesario recurrir como prueba de cargo habitual a la declaración de la víctima. La constatación de que existen supuestos de relatos falsos, aun cuando sean minoritarios, exige que esta prueba se valore en función de una serie de parámetros que, conforme a reglas de experiencia, permiten constatar racionalmente la veracidad del testimonio.

Tal cual acontece, en autos, donde la veracidad del testimonio resulta avalada pericialmente y las manifestaciones infantiles de la niña, de manera natural y sencilla exteriorizadas ante el Tribunal de instancia, merecieron toda su credibilidad; conclusión a la que llegan tras la racional ponderación de los parámetros referenciados.

SEGUNDO .- El segundo motivo se formula al amparo del art. 849.2 de la LECr , por error de hecho en la apreciación de la prueba.

El recurrente, no indica qué documentos son literosuficientes y cuál es el apartado fáctico que debe adicionarse a corregirse; sino que a partir de la prueba documental pero también de la personal documentada e incluso la testifical, critica de nuevo la valoración de la prueba practicada, para resaltar los errores, que en su parecer incurre la sentencia.

1.- Alega que la querrela se presentó por un delito continuado de agresión sexual con penetración, no continuándose con tal acusación pese a que la menor mantuvo esas afirmaciones y el informe afirma que su testimonio es creíble, lo que debió valorarse al efecto de la necesaria persistencia en la incriminación. Alude el motivo al documento 6 de la querrela, informe médico, no ratificado en juicio y puesto en duda por los forenses, del que dice que el Tribunal no le atribuyó relevancia; menciona el informe psicológico de la perito de Panamá, no ratificado en autos, que se contradice con lo expuesto por la menor; el informe forense, que descarta una agresión sexual con penetración, lo que deja en evidencia a la querrela. Si al final, como hecho probado, no se ha reflejado una agresión con penetración, es contradictorio afirmar que es creíble el testimonio de la víctima. La pericia psicológica se califica de viciada desde su nacimiento. No se han valorado los testamentos que suponían un motivo espurio para interponer la querrela. También es contradictoria la valoración por el Tribunal



del correo electrónico remitido al recurrente por su hijo, así como es significativa la conducta de este respecto de la aportación de los correos a la causa. Pese a que dijo que dio los mails a su letrada, pero al final no se aportaron por ella; y dijo en el plenario que los mandó a su abogado aunque en instrucción dijo que los tenía y los iba a aportar.

2.- Recuerda la STS núm. 836/2015, de 28 de diciembre, que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y la distancia de esta Sala respecto de las fuentes de prueba sobre las que se ha basado la respuesta jurisdiccional en la instancia, cierran la puerta a una revisión de la valoración probatoria suscrita por el Tribunal de instancia. Precisamente por ello, los estrechos límites que ofrece la vía casacional del art. 849.2 LECr, sólo autorizan una alegación impugnativa basada en documentos que, por sí solos, sin necesidad de complementos ni añadidos probatorios que refuercen su virtualidad, permitan ofrecer a la consideración de la Sala una nueva redacción del hecho probado.

La doctrina de esta Sala -de la que las SSTS 1238/2009, 11 de diciembre 936/2006, 10 de octubre y 778/2007, 9 de octubre, son elocuentes ejemplos-, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: a) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; b) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; c) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal (art. 741 LECr); d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo; e) asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y *proponerse por el recurrente una nueva redacción del factum* derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del factum que no es un fin en sí mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Mientras que en autos:

- Ninguno de los documentos invocados son literosuficientes, es decir, que por sí solo y sin ningún aditamento ni explicación complementaria, sea susceptible de acreditar circunstancia que posibilite rectificar el fallo de la sentencia.

- Ni siquiera tienen la consideración de documento, y las declaraciones testificales ni en principio los informes periciales, aunque estuvieren documentados; a los que por otra parte, no se contradicen.

- En todo caso, existe prueba en contrario a las conclusiones (tácitas sobre la falta de culpabilidad del recurrente) que pretende el recurrente, cual es el testimonio de la menor, lo que sin necesidad de valoración probatoria comparativa alguna, también impide que prospere el motivo.

Como se indica en la STS núm. 356/2015, de 10 de junio, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos. No es el caso de autos, donde exclusivamente el recurrente invoca los documentos como fuentes probatorias que pretende otra versión de lo acaecido, planteamiento que no tiene cabida por el cauce del motivo elegido. Valoración que por otra parte, ya ha sido analizada en el fundamento anterior.

TERCERO. - El tercer motivo, lo formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr, por aplicación indebida de los artículos 109, 110 y 115 del Código Penal.

1.- Denuncia el recurrente que la sentencia no razona la existencia del daño moral ni de la cantidad a imponer como responsabilidad civil; la única motivación al respecto no se basa en elementos objetivos, pues no hay informe alguno que determine que la menor sufre secuelas; no hay prueba objetiva para determinar la cuantía del daño moral, empleando la Sala un criterio general, no razonable, ni ponderado ni motivado, poniendo de manifiesto que la resolución es arbitraria.

2.- El motivo debe ser desestimado pues como precisaban las STS núm. 844/2015, de 23 de diciembre ó 231/2015, de 22 de abril con cita de la STS 702/2013, de 1 de octubre, la acción resulta penada, precisamente,



por ser constitutiva de un atentado contra la libertad sexual; cuando esta es un atributo esencial del ser humano, que forma un todo con su integridad moral y su dignidad (art. 10 CE), que en la vigente cultura constitucional representan un valor universalmente reconocido, inherente a toda persona por el mero hecho de serlo. Es lo que la convierte en un fin en sí misma y lo que impide que pueda ser objeto de usos instrumentales para fines ajenos, como los que se han dado en este caso.

En la STS 489/2014, de 10 de junio, recordábamos que la jurisprudencia de la Sala Primera entiende de aplicación la doctrina *in re ipsa loquitur*, cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar "evidente"; es decir, "cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado", acogida en numerosas resoluciones (SSTS de la Sala Primera, de 19 de junio de 2000, 1 de abril de 2002, 22 de junio de 2006, 12 de junio de 2007, etc.); así como que esta Sala Segunda, en argumentación paralela, entiende que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad (SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo; núm. 105/2005, de 29 de enero).

El daño moral, en caso como el de autos, resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima (cifr. STS 1366/2002, de 22 de julio).

En su consecuencia, como indica la citada STS 702/2013 de esta Sala, para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así STS 744/1998, de 18 de septiembre); también que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad (STS 1490/2005, de 12 de diciembre) como aquí sin duda objetivamente producido, con independencia del modo en que esta afectación hubiera sido apreciada por la menor, de tan limitada edad cuando los hechos acontecen.

Consecuentemente, los diez mil euros concedidos, derivan del daño moral sufrido, consecuencia del bien jurídico conculcado con la acción delictiva perpetrada, como adecuadamente indica la sentencia recurrida, cantidad que en modo alguno puede ser tildada de desproporcionada o arbitraria.

De la cuantificación de la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales, únicamente se permite el control en casación en el supuesto de que se pongan en discusión las bases o los diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva. Es decir, el supuesto de precisar si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza. Y con respecto al daño moral se tiene argumentado que su traducción en una suma de dinero solo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada, lo que en modo alguno resulta en autos, dado el bien afectado.

CUARTO. - En materia de costas rige el art. 901 LECr, que para caso de desestimación del recurso, prevé su imposición al recurrente.

III. FALLO

Declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formulado por la representación procesal de **Balbino** contra sentencia de fecha 12 de febrero de 2016 dictada por la Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección Tercera, en causa seguida contra el mismo por delito continuado de abuso sexual. Condenamos a dicho recurrente al abono de las costas ocasionadas por su recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andres Palomo Del Arco, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.