



Roj: **STS 706/2001** - ECLI: **ES:TS:2001:706**

Id Cendoj: **28079120012001105597**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2001**

Nº de Recurso: **23/2000**

Nº de Resolución: **133/2001**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ADOLFO PREGO DE OLIVER TOLIVAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Febrero de dos mil uno.

En el recurso de casación por vulneración de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el procesado José , contra Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que le condenó por un delito continuado de abusos sexuales, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, siendo también parte EL MINISTERIO FISCAL y la acusación particular D. Luis Pedro y D^a. Erica , siendo representados por la Procuradora Sra. Esquivias Yustas, y estando dicho procesado recurrente representado por el Procurador Sr. Naharro Pérez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de los de Rubí instruyó Sumario con el número 4 de 1998, contra José , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 5^a) que, con fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, dictó Sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<PRIMERO: Se declara probado que el procesado José , mayor de edad, sin antecedentes penales y hallándose por esta causa en situación personal de prisión provisional desde el 5 de agosto de 1988 (sic), desde el mes de junio de 1998 (sic), aproximadamente coincidía los fines de semana y períodos vacacionales con su sobrina la menor de edad Julieta (nacida el 19-5-1998 sic) en la casa familiar situada en la AVENIDA000 núm. NUM000 de la localidad de Sant Cugat del Vallés, aprovechando momentos en los cuales se hallaban los dos a solas, jugando con ella a juegos de contenido erótico, como el denominado "cha-cha-cha" el cual consistía en que el procesado se iba quitando la ropa, progresivamente, hasta quedarse totalmente desnudo delante de la niña. Otro de esos juegos denominado "la moneda" consistía en que el procesado se escondía una moneda en alguna parte de su cuerpo y la menor la tenía que buscar y si la hallaba se la quedaba, guardándola el procesado muchas veces al lado del pene. Otras veces llevaban a cabo el juego denominado "Drácula" y cuyo contenido era que el procesado mordisqueaba el cuello de la menor. En otros momentos llevaban a cabo otro juego consistente en que el procesado cogía a Julieta en brazos rodeando ésta con sus piernas la cintura de él, subiéndola y bajándola su tío sin que ésta quitara las piernas, hasta que el procesado lograba masturbarse y eyacular en sus propios pantalones.

Alrededor del año 1996 empezaron a efectuar un nuevo juego denominado cocos y ladrones, en el cual la niña representaba siempre el papel de "coco" y tenía que correr, siendo perseguida por su tío, el cual la capturaba y la llevaba a la cárcel, pero era la habitación.

A partir del mes de mayo, inició el procesado con su sobrina un juego denominado "atrevimiento, beso y penetración", en el que como su propio nombre indica, se trataba de darse un beso en la boca, chuparle la niña el pene a él y finalmente éste penetraba analmente a la menor.



En otras ocasiones, y sin estar ello comprendido dentro de ningún juego introducía el procesado los dedos en la vagina de su sobrina.

También durante ese tiempo el procesado se masturbaba en su habitación con Julieta y le mostraba el contenido de algunos CD-Rom de contenido pornográfico como los titulados "Cybes sex ángel", "el juego de la oca loca" y "sex motel" los cuales introducía previamente el procesado en su ordenador personal.

El procesado le decía a Julieta que no dijese nada a nadie sobre los referidos "juegos", que eso lo hacía por su bien, para que cuando ella fuese mayor "no le doliera", y que si bien contaba algo le pegaría, llegando en una ocasión a darle una bofetada por no querer estar con él y en otra ocasión la empujó por las escaleras de la casa al negarse en ese momento la niña a jugar. Así también el procesado le ofreció a su sobrina, a cambio de someterse a las anteriores prácticas una serie de regalos tales como piscina, viajes a Port Aventura, etc.

A consecuencia de estos hechos, Julieta sufre con cierta frecuencia horribles pesadillas nocturnas y tiene miedo a dormir con la ventana abierta. Asimismo ha sufrido alteraciones en su comportamiento encontrándose con una mayor ansiedad e irritabilidad, siendo afectado negativamente su rendimiento escolar.>>

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

<<FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado José como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales.

Por vía de la responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a la víctima en la cantidad de 5.000.000 de pesetas en concepto de daños morales.

Agilícese y ultímese la pieza de responsabilidad civil.

Se acuerda el comiso de los CD-Rom intervenidos, dándose a los mismos el destino legal.

Para el cumplimiento de la pena que se impone declaramos de abono todo el tiempo que haya estado privado de libertad por la presente causa, siempre que no le hubiera sido computado en otra.

Notifíquese que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por infracción de Ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.>>

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por vulneración de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por el procesado José, que se tuvo 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, alegando los motivos siguientes:

MOTIVO PRIMERO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

MOTIVO SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el número 3º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

MOTIVO TERCERO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el número 3º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

MOTIVO CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

MOTIVO QUINTO.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 181 del Código Penal, dados los hechos que se declaran probados en la Sentencia combatida.

MOTIVO SEXTO.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 182 del Código Penal, dados los hechos que se declaran probados en la Sentencia combatida.

MOTIVO SÉPTIMO.- Por infracción del principio constitucional de presunción de inocencia, del artículo 24.2 de la Constitución Española, respecto a la participación del acusado en un delito continuado de abusos sexuales.

4.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto oponiéndose a la admisión del mismo e impugnando subsidiariamente todos los motivos aducidos; la representación de la acusación particular no evacuó el trámite



de instrucción conferido; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Vista se celebró la misma el día veinticinco de enero de dos mil uno. Con asistencia del Letrado recurrente D. Rodolfo Merino Tello de Meneses, en nombre del procesado, quien mantuvo su recurso; y de la Letrada recurrida D^a. María José Varela Portela, en nombre de la acusación particular, quien impugnó el recurso; el Ministerio Fiscal impugnó el recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero, al amparo del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia que la Sentencia no exprese de forma clara y terminante cuales son los hechos probados.

La oscuridad consiste en la afirmación de que los hechos enjuiciados se produjeron "desde el mes de junio de 1998" coincidiendo con su sobrina de la que se dice nacida "el 19 de mayo de 1998" y que por esta causa el acusado se encuentra en "prisión provisional desde el 5 de agosto de 1988". Según el recurrente no es posible que, en razón de las imputaciones hechas, la víctima de los abusos sexuales tuviera, según la fecha de nacimiento, un mes de edad, ni tampoco que por tal delito estuviera en prisión provisional diez años antes de su comisión.

No obstante ser cierto que la literalidad del hecho probado contiene tales afirmaciones, el motivo no puede ser estimado:

1./ En efecto la lectura completa de la Sentencia evidencia que se trata de meras erratas materiales consistentes en que el año de prisión del acusado y el de nacimiento de la menor han sido invertidos expresando como nacimiento el de prisión y viceversa, de modo que en realidad el de nacimiento que figura como 1998 fue el de 1988, y el de prisión que consta como 1988 fue el de 1998. En cuanto al inicio de los hechos la errata consiste en la omisión de las palabras "(...) año 1995 hasta el (...)", que figura en el escrito acusatorio que la Sentencia en este punto transcribe, por lo que se quería decir -y por mera errata de redacción no se escribió- que los hechos sucedieron "desde el año 1995 hasta el mes de junio de 1998", y no "desde el mes de junio de 1998" que es lo que por errata literalmente dice la Sentencia.

2./ Un cosa son los errores de criterio jurídico o de concepción -en la calificación o en la elaboración y fijación de lo que se considera probado- que luego se plasma sin equivocación alguna de expresión en la material redacción de la sentencia, y otra muy diferente los errores de transposición cometidos en la operación material de la redacción de aquellos razonamientos de la sentencia -fácticos y jurídicos- que integran el criterio del Tribunal.

En este caso lo denunciado no pasa de mera errata mecanográfica o de transposición fácilmente subsanables a través de los medios previstos en los artículos 161 de la ley de Enjuiciamiento Criminal y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no alcanza la categoría de oscuridad o ininteligibilidad en lo concebido y afirmado como relato histórico por lo que no existe el vicio "in iudicando" que como quebrantamiento de forma recoge el artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por lo expuesto el motivo primero se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo, apoyado en el artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, afirma que la Sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva por no dar respuesta a la oposición planteada por la defensa a que la menor declarara en el Juicio Oral tras un biombo que la ocultara de la vista del acusado; lo que -añade- suprime el principio de confrontación.

El motivo carece de razón y debe desestimarse:

1./ Si lo que se impugna es el acierto del Tribunal al permitir que la menor declarara de aquel modo, -como viene a sostenerse en el desarrollo argumental del motivo- el alegato queda fuera del ámbito casacional utilizado, al plantear un problema de validez de las pruebas de cargo, y no de incongruencia de la Sentencia. En tal caso hemos de significar de todos modos que la decisión fue correcta. El artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reformado por la L.O. 14/99, de 9 de junio, atribuye al Tribunal la facultad de acordar, en interés del testigo menor de edad, y mediante resolución motivada, previo informe pericial, que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier modo técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.

En este caso, el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaron en el Juicio Oral que la declaración testifical de la menor se hiciera con biombo. La defensa expresó su oposición alegando que con ello se conculcaba el derecho de defensa. La Sala acordó la suspensión al objeto de que los médicos forenses



informaran sobre la pertinencia de la medida. La opinión médica expresada fue favorable a la adopción de ésta, por lo que la Sala, de manera razonada, ponderando lo interesado por la acusación y lo dictaminado por los médicos forenses, acordó al amparo del artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la menor declarara con biombo a fin de evitar su confrontación visual con el acusado; quedando en dicho acto notificadas las partes de esa decisión. Seguidamente la prueba se practicó en los términos acordados por la Sala que según lo expuesto se acomodó a lo dispuesto en el artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2./ Si lo que se impugna es propiamente que la Sala no se pronunciara en Sentencia sobre esta cuestión, el motivo carece de fundamento: en primer lugar porque el momento oportuno para decidir la procedencia de tal medida era obviamente el Juicio Oral, en el que había de practicarse la prueba testifical, y así lo hizo la Sala de manera razonada, tal y como resulta de la lectura del Acta del Juicio. En segundo lugar, porque una vez decidido por la Sala y notificado en el acto a las partes, ninguna pretensión jurídica dedujeron seguidamente sobre esta cuestión que hubiera de decidirse en Sentencia, fuera de las alegaciones argumentales que sobre la validez probatoria del testimonio así practicado pudiera la defensa haber expresado en su informe.

Al respecto hemos de recordar sin embargo que este quebrantamiento de forma exige según reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 28 de marzo de 1994; 18 de diciembre de 1996; 23 de enero, 11 de marzo y 29 de abril de 1997), entre otros requisitos, que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico sustanciados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas; y además que se refiera a pedimentos o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllos se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (Sentencia de 20 de septiembre de 1999).

No incurre la Sentencia en la incongruencia omisiva que se denuncia. Por lo que el motivo segundo se desestima.

TERCERO.- El tercer motivo de casación por el mismo cauce del artículo 851.3º denuncia nueva incongruencia omisiva, consistente en no pronunciarse la Sentencia sobre ciertas cuestiones atinentes a "la posible existencia en la menor de motivos conscientes o inconscientes para castigar o protege a alguien, familiar o no; grado de curiosidad y madurez sexual, hábitos y costumbres", a fin de delimitar su verdadero valor como prueba de cargo.

El motivo no puede prosperar: lo planteado atañe a la valoración de la prueba y en concreto a ciertos parámetros considerables en esa valoración. No se trata pues de una verdadera pretensión jurídica sino de un aspecto fáctico propio de las alegaciones esgrimidas, que no puede originar una incongruencia omisiva según la doctrina antes expuesta. En todo caso si, como el propio recurrente reconoce en el motivo, los médicos forenses no pudieron efectuar un pronunciamiento sobre aquellas cuestiones de la motivación, lógico es que la Sala no se pronuncie sobre algo que ningún elemento probatorio ha introducido en el proceso, y que en todo caso no deja de ser un cumulo de datos fácticos y como tales situados al margen del alcance propio de este cauce casacional.

El motivo tercero se desestima.

CUARTO.- El motivo séptimo -que por razones sistemáticas examinamos antes que los restares- se canaliza a través del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial denunciando vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto a la participación del acusado en el delito de abusos sexuales por el que ha sido condenado.

Según el recurrente no ha existido prueba de cargo ya que la Sala sólo ha contado con la declaración de la presunta víctima, cuyo testimonio ofrece dudas a la vista de los informes periciales, y las declaraciones de los padres carecen de valor por no ser testigos presenciales. Asimismo -añade el recurrente- los dictámenes periciales no consideran que haya datos para afirmar la existencia de abusos y particularmente de penetraciones.

El motivo debe desestimarse.

1./ Ha reconocido reiteradamente tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (SS.TC. 201/1989; 173/1990; y 229/1991; y SS.TS. de 21 de enero, 18 de marzo y 25 de abril de 1988; 16 y 17 de enero de 1991) que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical siempre que se practiquen con las debidas garantías, y también que son hábiles, por sí solas, para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (SS.TS. de 19 y 23 de diciembre de 1991; 26 de mayo y 10 de diciembre de 1992; 10 de marzo de 1993, entre otras), y de manera específica en los delitos contra la libertad sexual en los que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (SS.TS. de 28 de enero y 15 de diciembre de 1995, etc.).



Ahora bien, como ha dicho esta Sala en Sentencia de 29 de abril de 1997, "la declaración de la víctima, cuando es la única prueba de cargo, exige una cuidada y prudente valoración por el Tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa". Ponderación que debe hacerse por la Sala de instancia, sin limitarse a trasladar, sin más, al hecho probado las declaraciones de la víctima, sino contrastando su contenido con los elementos probatorios concurrentes para confirmar su verosimilitud y credibilidad, obteniendo una conclusión razonable y razonada sobre la realidad de lo acontecido en ejercicio de la valoración en conciencia de la prueba practicada (art. 741 LECr.), ajeno al ámbito propio del derecho a la presunción de inocencia.

Para ello las notas necesarias que el testimonio de la víctima debe reunir para dotarla de plena credibilidad como prueba de cargo, según la doctrina reiterada de esta Sala mantenida en Sentencias de 5 de abril, 26 de mayo y 5 de junio de 1992; 26 de mayo de 1993; 1 de junio de 1994; 14 de julio de 1995; 12 de febrero, 17 de abril y 13 de mayo de 1996, son las siguientes:

A) Ausencia de incredulidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espúreo, de resentimiento, venganza o enemistad, que puede enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatoria asentada sobre bases firmes. Y aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina en forma categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de mayo de 1994).

B) Verosimilitud del testimonio que ha de estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Exigencia que habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECr.); puesto que como señala la Sentencia de esta sala 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.

C) Persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Esto significa que la declaración ha de ser: concreta y precisa narrando los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar; coherente y sin contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus distintas partes; y persistente en un sentido material y no meramente formal, es decir constante en lo sustancial de las diversas declaraciones.

A partir de estos criterios que no son condiciones de validez sino parámetros de razonable ponderación del testimonio de la víctima, controlables en vía casacional, la valoración propiamente dicha corresponde al Tribunal de instancia que con las ventajas de la inmediación ve y oye directamente al testigo, percibiendo lo que dice y cómo lo dice, y tiene la posibilidad de valorar en su exacta dimensión sus gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas por el declarante en sus afirmaciones ante el Tribunal, por lo que su juicio valorativo y axiológico debe ser respetado íntegramente en el recurso casacional, incluida la faceta de la credibilidad del testigo (Sentencia de 17 de noviembre de 1993).

2./ En este caso la Sala contó como principal prueba de cargo con la declaración testifical de la niña practicada válidamente en Juicio Oral y público. La Sala con las ventajas de la inmediación y la contradicción oyó su testimonio y, sopesando la credibilidad subjetiva de la testigo y la verosimilitud objetiva de sus afirmaciones, llegó de forma razonada a la convicción de lo sucedido.

Su valoración favorable no resulta ilógica, absurda o irrazonable: en efecto, la niña no aparece motivada por ningún sentimiento de odio, venganza o resentimiento, sino que, por el contrario, siempre manifestó afecto hacia el denunciado. Sus descripciones de lo que éste le hacía son concretas y precisas, objetivamente verosímiles, y no adolecen de internas contradicciones. Sus declaraciones son coherentes y persistentes en el tiempo. Y, sobre todo, disponen sus afirmaciones de datos objetivos de corroboración: en el Juicio Oral los distintos facultativos emitieron dictámenes periciales en los que se afirma que la menor presenta "lesiones en himen", "compatibles con penetración digital", siendo "muy probable el abuso sexual", y signos en el ano siendo también "muy probable su penetración por pene".

En definitiva, existió prueba de cargo constituida por la declaración de la víctima, lícita y válidamente practicada, y su valoración por la Sala de instancia fue razonable y ajustada a los criterios de ponderación jurisprudencialmente exigidos. Hecha esta constatación, se ha de rechazar la vulneración de la presunción de inocencia.



QUINTO.- El motivo cuarto -según el orden de su formulación- se canaliza a través del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denunciando error en la valoración de la prueba.

1./ El recurrente considera errónea la afirmación de que la menor, "ha visto afectado su rendimiento escolar" como consecuencia de los abusos sexuales. El documento invocado como acreditativo del error es la pericial de los Forenses en la que se afirma que la menor está bien integrada manteniendo buen rendimiento escolar y relaciones normales de amistad con sus compañeros de curso.

Asimismo afirma como errónea la valoración de la prueba pericial obrante a los folios 93 a 96, en lo que atañe a la exploración física de la menor, sobre objetivación de signos físicos de posibles abusos sexuales.

2./ Debe recordarse con carácter previo que el cauce casacional utilizado no justifica una nueva valoración del resultado de las pruebas contradictorias practicadas, porque está condicionado al cumplimiento de ciertas exigencias reiteradamente señaladas por la doctrina de esta Sala (Sentencias de 13 de noviembre de 1997; 27 y 31 de julio de 1998; y 10 de junio de 1999); a saber, que la prueba demostrativa del error sea documental y no de otra clase. Es decir, que se evidencie un error fáctico en el hecho probado por una verdadera prueba documental -no prueba personal por más que está documentada en autos- con propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, no necesitado de la adición de otras pruebas ni de tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, y no contradicho por ningún otro elemento de prueba, debiendo ser el dato contradictorio acreditado relevante por su virtualidad para modificar algún pronunciamiento del Fallo.

La prueba pericial es de naturaleza personal, puesto que está integrada por la opinión o dictamen de una persona, y es además indirecta en cuanto proporciona conocimientos técnicos para valorar hechos controvertidos pero no directo conocimiento sobre cómo ocurrieron los hechos. Por lo tanto la pericia no constituye documento a los efectos del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo una prueba que ha de valorarse por el Tribunal Sentenciador "según su conciencia" (art. 741 LECr.). Excepcionalmente se admite por la doctrina de esta Sala (Sentencia de 11 de noviembre de 1996, entre otras), la virtualidad de la pericia para fundar la modificación de "factum" de la Sentencia por la vía del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en dos casos:

A) Cuando existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal lo acoja como base única de los hechos declarados probados pero incorporando el dictamen a éstos de modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere gravemente su sentido originario; y

B) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes sin concurso de otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.- En ambos supuestos se acredita el error del Tribunal: en el primero porque asumiendo el informe lo incorpora desvirtuando su contenido; y en el segundo porque nos encontramos ante un razonamiento disconforme con las reglas de la lógica, la experiencia o los criterios firmes del conocimiento científico.

3./ A partir de la anterior doctrina el motivo debe desestimarse:

A) Por lo que se refiere al primer error porque el dato fáctico de rendimiento escolar es ajeno al ámbito científico propio del dictamen médico-forense invocado como documento casacional, en el que tales datos noson lógicamente conclusiones propias de los peritos asentadas en sus personales conocimientos de la ciencia médica, sino meras referencias introductorias de lo relatado por la menor explorada, no teniendo por ello en este aspecto otra naturaleza que la de simples testimonios de referencia. En todo caso sobre esa cuestión fáctica -rendimiento escolar- contó la Sala con otras pruebas contradictorias como las declaraciones de los padres, siendo por tanto una cuestión valorativa propia de las facultades de la Sala de instancia.

B) En cuanto al segundo error no dice en ningún momento qué concreta afirmación fáctica del relato histórico es la que considera errónea por contradictoria a los peritajes invocados. Y es que en realidad el recurrente parece impugnar el conjunto de los hechos probados a partir de una personal valoración de las pruebas en las que introduce la cuestión del valor demostrativo del testimonio de la víctima, un planteamiento que se corresponde más bien con el de la vulneración de la presunción de inocencia ya desestimada al examinar el motivo séptimo. Desde la perspectiva del error valorativo que es propio del cauce casacional utilizado debe significarse que ni los diferentes peritajes son absolutamente coincidentes en sus apreciaciones ni faltan en ellos afirmaciones tales como las ya expresadas en el Fundamento anterior. De modo que lejos de evidenciar lo contrario de lo que el relato histórico narra vienen a corroborar, a través de datos objetivos que en ellos se afirman, los hechos descritos en la Sentencia como sucedidos, que además cuentan con la prueba del testimonio prestado por la víctima.

El motivo cuarto por todo ello se desestima.



SEXTO.- Los motivos restantes son el quinto y el sexto, que amparados en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncian la indebida aplicación del artículo 181 (motivo quinto) y del artículo 182 (motivo sexto).

En ambos motivos la construcción argumental se apoya en la explícita negación de que hayan quedado probadas las prácticas sexuales abusivas que el relato histórico de la Sentencia describe.

Olvida el recurrente que este motivo casacional, destinado a combatir estrictamente la subsunción legal, es decir la calificación jurídica según la Ley penal sustantiva de los hechos declarados probados, exige el más absoluto respecto a los que como tales la sentencia recoja, sin añadir, modificar, ni suprimir ningún dato del relato fáctico so pena de incurrir en la causa de inadmisión del motivo prevista en el artículo 884.3º de la Ley de Enjuiciamiento criminal que en este trámite lo es ya de desestimación.

Dado que el recurrente no discute el acierto de la calificación -que resulta correcta por los propios razonamientos de la Sentencia de instancia, no impugnados en este recurso- sino el propio relato de hechos probados, ambos motivos deben desestimarse.

Los motivos quinto y sexto por lo expuesto se desestiman.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación por vulneración de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, interpuesto por el procesado José , contra Sentencia, de fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida contra el mismo por un delito continuado de abusos sexuales, condenándole al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese la presente resolución a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Excmos. Sres. Don José Antonio Martín Pallín; Don Cándido Conde- Pumpido Tourón; Don Adolfo Prego de Oliver y Tolivar; Don Perfecto Andrés Ibáñez; y Don Diego Ramos Gancedo; Firmado y Rubricado.-

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Adolfo Prego de Oliver y Tolivar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.