



Roj: **ATS 8229/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:8229A**

Id Cendoj: **28079120012013201967**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2013**

Nº de Recurso: **687/2013**

Nº de Resolución: **1557/2013**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Junio de dos mil trece.

I. HECHOS

PRIMERO: Por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, se dictó sentencia con fecha 1 de marzo de 2013, en autos con referencia de rollo de Sala-procedimiento ordinario nº 23/2011, tramitados por el Juzgado de Instrucción nº 39 de Madrid como procedimiento ordinario nº 8/10, en la que absolvía a Esmeralda de los delitos de abusos sexuales y de quebrantamiento de medida cautelar de los que había sido acusada.

SEGUNDO: Contra dicha sentencia se presentó recurso de casación por la Procuradora de los Tribunales Dña. Enriqueta Salma- Alonso Khouri, actuando en representación de Salvadora, la cual ostenta la condición procesal de acusación particular, con base en dos motivos:

A) Por error en la apreciación de la prueba al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

B) Por infracción de ley con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es parte recurrida Esmeralda, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Silvia Virto Bermejo.

TERCERO: Remitidas las actuaciones para informe del Ministerio Fiscal y de la defensa, todos ellos interesaron la inadmisión del mismo.

CUARTO: Conforme a las normas de reparto aprobadas por la Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución el Excmo. Sr. Magistrado D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

UNICO. - Por razones de sistemática se analizarán conjuntamente los dos motivos planteados ya que, pese a las diferentes vías procesales utilizadas para su formalización, analizado su contenido se constata que coinciden respecto al fondo de las alegaciones efectuadas.

A) Designa la parte recurrente, como documentos que acreditarían el error del Tribunal de instancia a la hora de valorar la conducta de la acusada, el informe médico de 24 de junio de 2009, emitido por facultativos del hospital de Fuenlabrada, en el que se afirma que la menor presenta "vaginitis, vulvitis y eritema perianal"; el informe médico de 25 de junio de 2009; el parte de lesiones de 1 de septiembre de 2009, que indica "leve eritema anal inespecífico"; el parte de lesiones de 17 de septiembre de 2009; el informe de 8 de marzo de 2011 según el cual "la situación de conflicto en la que se enmarca la interposición de la presente denuncia, tal y como se extrae del vaciado y estudio de autos, con varias denuncias previas interpuestas por incumplimiento del régimen de visitas sugiere instrumentalización de la menor por posible motivación o ganancia secundaria"; y los informes psicológicos emitidos por el Instituto Madrileño del Menor y la Familia en los que, con relación a la credibilidad del testimonio de la menor, se concluye "que no se observa en Penélope una tendencia a fantasear y no es probable que de hacerlo fuera con algo tan fuera del campo de experiencia de una menor", que



la menor está desprotegida en las visitas con el padre ya que durante las mismas está siendo intimidada por su presunta agresora, no apreciándose en la misma tendencia a fabular y cuestionando la capacitación de los profesionales que no emitieron informes favorables a su tesis inculpatoria así como la metodología utilizada. Asimismo considera que hubo infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por afirmar el Tribunal de instancia que el testimonio de la menor careció de corroboración.

B) La denuncia del error de hecho permite la modificación, adición o supresión de un elemento fáctico del relato histórico cuando existe en los autos un documento "literosuficiente" o con aptitud demostrativa directa, es decir, que evidencie por sí sólo el error en que ha incurrido el Tribunal y ello deba determinar la modificación de los hechos en alguna de las formas señaladas, siempre y cuando no existan otros medios probatorios que contradigan el contenido del mismo y además que sea relevante para el sentido del fallo (SSTS 829/2011 y 872/2011). Por otra parte, conforme a la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 216/2010 o 427/2010) se admite excepcionalmente la virtualidad de la prueba pericial para modificar los hechos, cuando: i) exista un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponga la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos y se estime el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere levemente su sentido originario; o ii) cuando se cuenta sólo 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 los de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. El informe, en suma, ha de patentizar el error denunciado, no estar contradicho por otras pruebas y ser relevante para la resolución del caso.

Asimismo esta Sala ha señalado también que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva por las acusaciones al impugnar una sentencia que consideran desfavorable, no permite modificar los hechos probados. Así se acordó en Pleno no jurisdiccional celebrado el 11 de julio de 2003, criterio recogido entre otras en la STS nº 1430/2005 . En consecuencia, lo que puede ser examinado a través de una queja con esta invocación, cuando se alude a la falta de motivación o a la arbitrariedad de la misma, es, en primer lugar, la existencia misma de la motivación, y, en segundo lugar, si, dados los elementos disponibles la decisión puede ser calificada de arbitraria, en atención a su respeto por las reglas de la lógica, las máximas de experiencia o los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos. Bien entendido que la arbitrariedad no puede ser identificada con la discrepancia con el criterio del tribunal; que la existencia de otras posibles opciones distintas de la asumida por el tribunal, rechazadas razonadamente cuando hayan sido alegadas, no permite prescindir de aquella, aunque sea contraria a las pretensiones de la parte que alega la vulneración del derecho (STS 212/2013).

Finalmente, la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación y así, en las sentencias con referencia 1223/2011 y 694/2012 , por citar de las más recientes, se ha considerado que no procede la condena "ex novo" en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación.

C) Relatan los hechos probados de la sentencia recurrida que entre los días 20 y 21 de junio, el mes de agosto y entre el 12 y el 13 de septiembre del año 2009 , la menor Penélope ., nacida el NUM000 de 2005, estuvo conviviendo con su padre Bienvenido . en su domicilio y en el de los abuelos paternos, habiendo sufrido el 25 de junio de 2009 un ligero enrojecimiento de los labios mayores y zona perianal, no pudiéndose deducir del examen genital si hubo o no tocamientos o introducción de un dedo en orificios genitales. El 17 de septiembre de 2009 se apreció que había sufrido un levísimo eritema perianal, vulvar y perineal, no presentado ningún otro tipo de lesión coincidente con lo manifestado por la pediatra. El 20 de noviembre de 2009 se le apreciaron genitales externos normales y, tras la apertura de la vulva, una zona eritematosa de 1 x 0,5 cm., a nivel de la cara antero inferior derecha, seguramente por mecanismo compresivo reciente, así como un orificio himeneal dilatado al tacto, sin que quedase acreditado que los enrojecimientos sufridos por la menor en sus genitales externos fuesen causados por la acusada, como tampoco resultó probado que durante los días 1 a 12 de enero de 2010, la acusada tuviese ningún tipo de contacto con la menor.

En el fundamento de derecho 1º de la resolución impugnada explica la Audiencia de forma detallada el resultado de la prueba practicada y el juicio deductivo llevado a cabo para alcanzar su conclusión absoluta al no estimar probados los hechos sostenidos por las acusaciones:

i. La declaración testifical de la denunciante Salvadora ., madre de la menor y antigua esposa del hermano de la acusada, con el que Salvadora se encontraba en trámites de separación en el año 2009. Por lo que se



refiere a los hechos de los días 20 y 21 de junio de 2009, 12 de septiembre de 2009 y 19 de enero de 2010, señaló que durante las estancias de la menor con su padre había sido objeto de tocamientos por la acusada, quien le habría introducido el dedo en la vagina así como que había infringido la orden de alejamiento que había sido acordada, que había tirado del pelo a la menor, le había golpeado en la cabeza y le había llamado tonta y mentirosa. Asimismo manifestó que la menor le había dicho que su tía le había introducido el dedo por la vagina y el ano.

ii. La declaración de la acusada, quien afirma que los días 20 y 21 de junio de 2009 no había estado en el chalet de sus padres sino en casa de una amiga y haciendo un curso, manifestaciones corroboradas por las declaraciones testificales de su esposo y de su hermano Bienvenido . Asimismo niega haber infringido la orden de alejamiento existente, haber tirado del pelo a la menor, haberle golpeado en la cabeza, haberle llamado tonta y mentirosa o haber efectuado tocamiento alguno a la misma.

iii. La pericial efectuada por la Dra. Aida , que examinó a la menor en el hospital de Fuenlabrada el 24 de junio de 2009, según la cual el eritema que presentaba no podía asegurar que fuera consecuencia de haber sido tocada por un tercero, ya que era muy frecuente en las niñas, pudiendo ser múltiples las causas.

iv. La pericial realizada el día siguiente por la forense Dra. Julia , quien constata en la menor un ligero enrojecimiento sobre labios mayores y zona perianal, lesiones de escasa entidad e inespecíficas, sin que del examen genital se pueda deducir si hubo o no tocamientos así como introducción de dedos en los orificios genitales. En la ampliación llevada a cabo el 1 de julio de 2009 tras un nuevo reconocimiento, se aprecia enrojecimiento introito vaginal que el día de la primera exploración no tenía, diciendo su madre que se "arrasca" (sic) en esa zona, valoraciones ratificadas en el plenario por la forense, reiterando que las lesiones observadas se pueden producir por múltiples causas.

v. El informe del centro de salud de Fuenlabrada de fecha 1 de septiembre de 2009, en el que se afirma que la menor presenta pequeña zona amoratada en el recto, si bien su padre la había llevado el día anterior a ese mismo centro sin que presentase síntomas acreditativos de maltrato, añadiendo el primero de los informes que el origen de las lesiones referido por la denunciante no es compatible con las lesiones observadas.

vi. El informe elaborado por facultativos del Hospital de Fuenlabrada el 14 de septiembre de 2009, según el cual la menor presentaba eritema vulvar sin laceraciones ni erosiones, si bien el himen parecía perforado, así como un eritema anal sin fisuras, diagnosticándose vaginitis o vulvitis con sospecha de abuso sexual en forma de tocamientos. La Dra. Adriana , autora del informe, pese a que afirmó inicialmente que la niña le manifestó espontáneamente que le había tocado la denunciante, añadió que primero había hablado con su madre y que la vaginitis es frecuente en una niña de esa edad.

vii. El informe médico-forense de 17 de septiembre de 2009, según el cual el levísimo eritema perianal, vulvar y perineal que presentaba la menor no permitía determinar la existencia o no de abusos sexuales.

viii. El informe médico-forense de 20 de noviembre de 2011, que no constata rotura del himen en la menor.

ix. El informe médico-forense de 29 de enero de 2010, según el cual la menor no presentaba lesiones externas evidentes, permaneciendo con un estado de ánimo alegre y colaborador.

x. El informe emitido por la psicóloga Joaquina , de 25 de noviembre de 2009, que constata en la menor sintomatología ansioso depresiva como consecuencia de una situación familiar y judicial muy complicada, sin que presente una tendencia a fantasear. En un segundo informe de fecha 22 de enero de 2010 indica que la menor refiere insultos y agresiones de la acusada en alguna ocasión, informando por último el día 13 de abril de 2011 que no puede emitir una valoración de la credibilidad del testimonio de la menor.

xi. El informe emitido por el equipo psicosocial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el cual el testimonio de la menor es poco creíble, manifestando los psicólogos que la menor les confirmó que la madre le había mostrado videos de casos de agresiones a niños y aportando información sobre la desaparición de niños, lo que podía ser la causa de las alteraciones que detectó en el comportamiento de su hija.

xii. El informe emitido por las psicólogas de la clínica médico-forense de Madrid, en el que se afirma que la menor no aporta un relato libre sino verbalizaciones aisladas contrapuestas, habiendo sido las escasas verbalizaciones abusivas aportadas sin eco o resonancia emocional compatible, resultando marcadamente inconsistentes con las que se atribuyen a la menor por parte de la madre.

xiii. La pericial médico-forense de 20 de noviembre de 2009, que indica que la menor no presentaba desgarramiento en himen sino sólo dilatación no usual en las niñas de su edad, debido en la mayoría de los casos a tocamientos por parte de la propia niña o de un tercero.



Con base en los mismos, explica el Tribunal de instancia que, a tenor del último de los informes citados, no puede imputarse el eritema que presentaba la menor el 20 de noviembre de 2009 a la acción del acusada; que el informe emitido por la psicóloga Joaquina ., no es contundente ni definitivo, al tiempo que viene refutado en cuanto a su contenido por el resultado de numerosos informes; a lo que se ha de añadir la situación de conflicto entre la denunciante y el padre de la menor, hermano de la acusada, los problemas que éste tuvo para que se cumpliera el régimen de visitas por la denunciante y la nula relación de ésta y la acusada desde que su hermano contrajese matrimonio. Por otra parte, si bien la recurrente niega haber enfrentado a la menor con su padre, el Tribunal señala dos hechos que convergen en sentido contrario: de un lado, las psicólogas de la clínica médico-forense manifestaron que la madre había denunciado a la tía y descartado explorar que el responsable del abuso fuese el padre ya que, según argumentó, no iba a ser creída, lo que carece de fundamento según las psicólogas; de otro, porque la menor les refirió que su madre le exhibía videos de agresiones a menores, habiéndolo ratificado la propia denunciante.

Partiendo de dichas premisas, concluye el Tribunal de instancia que, a tenor del resultado de la prueba practicada, no obtiene la plena convicción de la acreditación de los hechos objeto de acusación, por lo que en aplicación del principio "in dubio pro reo", procede la absolución del mismo.

El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad, y también el de defensa impide, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que los órganos de la revisión modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la instancia de revisión. Es por ello que la pretensión de revisión de la prueba que la recurrente, acusación particular, en realidad plantea con base en la vía procesal elegida para formalizar su queja, carece de posibilidad de ser estimada por no realizar esta Sala la percepción de la prueba y no disponer de la presencia de la acusada para poder expresar su defensa, ajustándose la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia a los parámetros de motivación y racionalidad exigibles, no cabiendo en modo alguno ser calificada como ilógica, irracional o arbitraria. A lo que se ha de añadir la falta de literosuficiencia de los documentos designados por la parte recurrente, esto es, de su capacidad para acreditar axiomática e indubitadamente el error del Tribunal de instancia que se aduce respecto a la conclusión alcanzada, a tenor del resultado de la práctica de los demás medios de prueba, y que no es admisible una designación genérica de documentos denunciando el error en la apreciación de la prueba (SSTS 670/2006 y 176/2008).

Por dichas razones, se han de inadmitir los motivos invocados al ser de aplicación el artículo 884.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En su consecuencia se ha de dictar la siguiente:

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

NO HABER LUGAR A LA ADMISION del recurso de casación formalizado por la recurrente contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de origen en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Se declara la pérdida del depósito si la recurrente la hubiere constituido.

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir esta resolución.