



Roj: **STS 5089/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5089**

Id Cendoj: **28079120012015100746**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2015**

Nº de Recurso: **641/2015**

Nº de Resolución: **735/2015**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 8569/2015,**
STS 5089/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Noviembre de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de Ley y quebrantamiento de forma, interpuesto por la representación procesal del condenado Daniel , contra Sentencia de fecha cuatro de febrero de dos mil quince, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida contra el mismo por delito de agresión 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, estando el recurrente Daniel representado por la Procuradora Sra. Robledo Machuca; y como parte recurrida Reyes representada por la Procuradora Sra. Cabra Izquierdo.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION008 instruyó Sumario número 3/2013 contra Daniel por delito de agresión sexual y lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Décima (Rollo de Sala núm. 5/2014) dictó Sentencia en fecha 4 de febrero de 2015 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"ÚNICO.- El procesado Daniel , ciudadano salvadoreño sin autorización de residencia en España en la época que se dirá, mayor de edad y sin antecedentes penales, entró a residir en el domicilio familiar de la menor de edad Reyes , nacida el NUM000 /1998 y que a la sazón contaba con 12 años, sito en la CALLE000 n° NUM001 , piso NUM002 - NUM003 de DIRECCION008 , con la que tenía una relación de parentesco por ser el procesado sobrino de la madre de la menor.

A lo largo de los meses de verano de 2011, coincidentes con las vacaciones escolares de la mencionada Reyes , con decidido propósito de satisfacer sus apetencias sexuales y aprovechando la ausencia de los demás familiares, la abordó en distintas ocasiones.

Así, ya en el mes de junio, pretendió en dos ocasiones tocarle los pechos logrando Reyes apartarse del procesado. Entrado el mes de julio, en fechas no concretadas pero siempre por la tarde, abordó a la menor en el salón de la vivienda y, con renovada apetencia sexual, le quitó la camiseta le acarició los pechos y las nalgas, consiguiendo ella retirarse y refugiarse en su dormitorio. Al día siguiente, también aprovechando que estaba en el domicilio a solas con la menor, el procesado le tocó los pechos y en el sofá del salón le quitó la ropa y, tras cogerle las manos, la penetró vaginalmente. De igual manera, un día después acudió a la cocina al encuentro de Reyes y comenzó a manosearla hasta finalmente penetrarla también vaginalmente. Durante el mes de agosto la menor se ausentó con su familia de la vivienda y al retomar, en día no concretado de la última semana, el procesado



aprovechó otro momento a solas con ellas para, en su persistente afán lúbrico, manosearla en una ocasión y, en otra, penetrarla vaginalmente, manifestándole "no se lo digas a tus padres que sino seguiré haciéndolo con más fuerza".

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

" FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Daniel como responsable en concepto de autor de un delito de continuado de abuso sexual precedentemente definido, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de DIEZ AÑOS Y UN DÍA de prisión con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales; debiendo indemnizar a Reyes, a través de quien ostente su patria potestad, en la suma de DIEZ MIL EUROS (10.000 ?) por daño moral, indemnización que devengará el interés legalmente establecido en el art. 576 L.E.C ..

Establecemos para con Daniel la medida de libertad vigilada por período de CINCO AÑOS que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Daniel 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.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Motivo Primero.- Por quebrantamiento de forma, con apoyo procesal en el artículo 851.1 y 850.1 de la LECrim.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley, con base en el art. 849.1 de la LECrim., por indebida aplicación de los artículos 181.1, 181.3, 183.1 183.3 del Código Penal.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por infracción del artículo 24 apartado 2 de la CE, y al amparo del art. 849.1 de la LECrim., (apartado I), por infracción de la presunción de inocencia, y del art. 24.2 de la CE en cuanto al derecho a obtener la tutela judicial efectiva.

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 22 de junio de 2015 interesó la inadmisión del recurso impugnando de fondo los motivos aducidos y solicitando su desestimación. Asimismo, la parte recurrida solicitó la desestimación del recurso interpuesto; 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 19 de noviembre de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal del condenado en instancia por delito de abuso sexual continuado en persona menor de doce años, recurre en casación la sentencia de instancia, formulando un primer motivo, por quebrantamiento de forma al amparo de los artículos 851.1 y 850.1 de la LECr; y un tercer motivo por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional concretamente los derechos a la presunción de inocencia, y a obtener la tutela judicial efectiva.

Fundamenta el quebrantamiento de forma en la indebida denegación de la prueba del testimonio de la menor en el acto de vista oral, así como de la lectura de su declaración en dependencias policiales; y la conculcación del derecho a la presunción de inocencia, en que al no declarar en la vista, no existió prueba de cargo de suficiente para destruir la presunción de inocencia.

1.- En relación con la denegación de la lectura de la declaración de la menor en dependencias policiales, hemos reiterado que este motivo de casación no trata de resolver denegaciones formales de prueba, sino que es preciso que tal denegación haya producido indefensión, de manera que el motivo exige "...demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas, y de otro lado debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia" (SSTS 300/2015, de 19 de mayo; 1023/2012, 12 de diciembre; 104/2002, 29 de enero; 181/2007, 13 de abril y 421/2007, 24 de mayo); mientras que el recurrente, nada expresa sobre cual fuera el interés de esa lectura, carente de valor probatorio, ni si



tuviera potencial virtual en algún extremo concreto para en mayor o menor medida calibrar la credibilidad del testigo; por lo que en modo alguno puede prosperar.

2.- En relación con la reproducción videográfica del testimonio de la menor como prueba de cargo preconstituida, interesada por las acusaciones y la denegación de su testimonio en la vista, nos recuerda la STS 598/2015, de 14 de octubre, que esta cuestión cuenta ya con una consolidada doctrina acerca de los aspectos que deben ser tenidos en cuenta cuando se plantea la cuestión relativa a la declaración en el proceso de menores víctima de delitos contra la libertad o indemnidad sexual, en atención a la necesidad de preservar la integridad psíquica del menor sin perjudicar los derechos de defensa del acusado.

Resolución, que de manera extensa expone que esa doctrina tiene como punto de partida la necesidad de respetar adecuadamente los derechos del acusado en el proceso, pues la justicia penal no puede obtenerse a cualquier precio, y por relevante que sea el bien jurídico que pretenda tutelarse, en ningún caso puede justificar el prescindir de las garantías fundamentales del derecho de defensa, que constituyen las bases esenciales de nuestro sistema jurídico (STS nº 71/2015, de 4 de febrero, que cita la STS nº 832/1999, de 28 de febrero). Concretamente, la STS nº 632/2014, de 14 de octubre, se refería a la presunción de inocencia, señalando que, aunque los delitos de agresiones y abusos sexuales a menores merecen sin duda una contundente respuesta penal, en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.

Continúa la STS 598/2015, cuya estructura y contenido seguimos casi literalmente, que sin embargo, el proceso debe contemplar también medidas y actuaciones encaminadas a dispensar la adecuada protección a las víctimas. Cuando se trata de menores de edad, es necesario atender especialmente a las necesidades de protección del menor, que adquieren una especial relevancia cuando se trata de delitos que atentan a su indemnidad sexual. El artículo 39.4º de la Constitución dispone que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". A este respecto conviene recordar que el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés supremo del niño". Y que la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15/03/2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal dispone en su artículo 2.2, que "Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación"; en el artículo 3, que "Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal"; y en el artículo 8. 4, que "Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho". Disposiciones respecto de las que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 16 de junio de 2005, en el caso *Pupino*, entendió que deberían interpretarse en el sentido de que "el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta". Criterio de protección de la víctima, que la sentencia de instancia, igualmente desarrolla amplia y adecuadamente.

3.- La legislación interna se orienta igualmente hacia la protección del menor. Así, la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 11.2 menciona como principios rectores de la actuación de los poderes públicos "la supremacía del interés del menor" [apartado a)] y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal" [apartado d)].

La Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, que ciertamente entró en vigor tras la celebración de la vista en instancia, el 28 de octubre, dispone en el artículo 26 que cuando se trate de víctimas menores de edad las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como que la declaración podrá recibirse por medio de expertos.

Además, modifica varios artículos de la LECr. En el artículo 433 se dispone que en el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los



expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

En el artículo 448 se dice que la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

En el artículo 707, se dispone que la declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.

Y en el artículo 730, que podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Normas orientadas, pues, a evitar en la medida de lo posible la victimización secundaria de las víctimas menores de edad, mediante la reducción del número de las ocasiones en las que la víctima menor de edad es sometida a interrogatorio, garantizando al tiempo los derechos del acusado, especialmente los referidos a la defensa y relacionados con la vigencia efectiva del principio de contradicción. Todo lo cual tiene especial incidencia en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, fundamentalmente cuando se trata de abusos o agresiones sexuales.

4.- El TEDH ha señalado en numerosas sentencias que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 Convenio, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado. En particular, exige que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski; 15 de junio de 1992, caso Lüdi; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros). Concretamente, en la STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, declaró que "los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6º del Convenio cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario".

El Tribunal Constitucional y esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, por su lado, parten de la afirmación según la cual solo son válidas, a los efectos de enervar la presunción de inocencia, las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, pero admiten determinadas excepciones que, con carácter general, exigen el cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos. En particular, se condiciona la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de los siguientes aspectos: a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, o si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, mediante el visionado de la grabación de la diligencia, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron directamente en el juicio oral.

Debe plantearse, pues, si en los supuestos de menores víctimas de un delito puede estimarse concurrente una causa legítima que impida su declaración en el juicio oral, y, en consecuencia, que permita atribuir validez, como prueba de cargo preconstituida, a las declaraciones prestadas en fase sumarial con las debidas garantías. Y, en segundo lugar, cuales son los supuestos y los requisitos exigibles para prescindir de dicha declaración.

En cuanto al primer aspecto, esta Sala ha señalado que, *como norma, no es posible sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores.*



Por ello, la regla debe ser el interrogatorio de los menores en el juicio, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa. Ello no impide que la declaración del menor haya de practicarse en el juicio con todas las prevenciones necesarias para proteger su incolumidad psíquica. Así el art. 707 de la LECr, en su redacción conforme a la reforma operada por la LO 8/2006, de diciembre, dispone para el ámbito del juicio oral que "la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de la prueba".

Sin embargo, esa misma doctrina (SSTS 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio; 593/2012, de 17 de julio; y 19/2013, de 9 de enero, entre otras) también señala que la «imposibilidad» de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños psicológicos. Lo cual se ha vinculado con la existencia de razones fundadas y explícitas, generalmente contenidas en un informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes. En esos casos ha de actuarse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos.

En este sentido, la STS nº 19/2013, de 9 de enero, señalaba que atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), hemos apuntado que nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia constitucional y de esta Sala que lo interpreta -cfr. STS 80/2012, 10 de febrero y STC 174/2011, 7 de noviembre, entre otras- no son ajenos a estas necesidades. Así, a través de los arts. 433, 448, 455, 707, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECr, es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio.

5.- Criterio manifestado en la STC 174/2011, de 7 de noviembre, reiterado en la 57/2013, de 11 de marzo:

El testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado. Hemos señalado ya que "en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3 ; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5 ; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4 ; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2 ; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3 ; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4)". Como destacamos entonces, recogiendo los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuanto "frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como 'una auténtica ordalía'; no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. contra Alemania ; 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia ; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda ; 24 de abril de 2007, caso W. contra Finlandia ; 10 de mayo de 2007, caso A.H. contra Finlandia ; 27 de junio de 2009, caso A.L. contra Finlandia ; 7 de julio de 2009, caso D. contra Finlandia ; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia)".

En atención al interés del menor hemos admitido que "en estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada". Y en interés del acusado que ve así modificada la forma en que puede ejercer su derecho de contradicción, añadimos: "tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de



otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral.

En los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a analizar las condiciones en las que narró los hechos o, por fin, a evaluar la credibilidad de su relato (SSTEDH P.S. contra Alemania, § 30; W. contra Finlandia, § 47; D. contra Finlandia, § 44). En tal medida, el centro de atención del debate jurídico recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar al acusado un juicio con todas las garantías, hemos asumido en la citada STC 174/2011 el canon a que se refiere la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia, § 56, conforme a la cual "quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior". Conocer la existencia de la exploración, acceder a su contenido mediante su grabación audiovisual y tener la posibilidad procesal de cuestionarla, durante su realización o en un momento posterior (ya sea en fase de investigación o en el juicio oral), indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados, son las tres claves de la contradicción debida en estos casos, pues no cabe olvidar que la contradicción que es posible ejercer en cada caso "se articula atendiendo a las peculiaridades de la prueba de que se trate" (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10), es decir, varía en función de la naturaleza de la prueba que se pretende contradecir.

6.- Concretamente en *Bocos-Cuesta c. Holanda*, STEDH de 10 de noviembre de 2005, en cuanto que las declaraciones de los niños a la policía no se grabaron en vídeo, ni el recurrente ni los jueces de primera instancia tuvieron posibilidad de observar su comportamiento en el interrogatorio y así formar su propia impresión de su fiabilidad (véase, a contrario, *Accardi y otros v. Italia*); y la razón dada por los tribunales internos para desestimar la solicitud del demandante de escuchar a las víctimas, no ser obligados a revivir una posiblemente muy experiencia traumática, no existe indicación en el expediente de que este motivo se fundamente en prueba concreta, como, por ejemplo lo sería un dictamen pericial, aún cuando el Tribunal es consciente de que la organización de los procesos penales, de tal manera que se protejan los intereses de los testigos de muy corta edad, en particular en los procedimientos judiciales que implica delitos sexuales, es una consideración pertinente, para ser tenido en cuenta a los efectos del artículo 6, en este concreto caso, la razón dada por los tribunales de primera instancia para rechazar la petición del demandante para oír a las cuatro víctimas, no resulta suficientemente justificado y, por tanto, deriva de meras especulaciones, por lo que concluye que el recurrente no ha tenido una oportunidad adecuada y suficiente para desafiar a las declaraciones de los testigos que eran de una importancia decisiva para su condena y, en consecuencia, que no tuvo un juicio justo.

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

7.- Así, hemos dicho - STS 925/2012, 8 de noviembre- que no siendo pacífico admitir la preconstitución probatoria durante la fase de investigación o instrucción (arts. 433.2 y 448.3 y 4 LECr) como sustitutivo de la deposición de los menores en el acto del juicio oral, sí que lo es convenir que en supuestos como el examinado ese tipo de preconstitución facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción. De esa forma además se logra una más eficaz tutela de la víctima menor en consonancia con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal ("Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario



proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho"); con la reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre (Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre; arts. 20 a 24, singularmente); o con la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmada por España el 12 de marzo de 2009 (arts. 30 ó 35, que alientan una serie de medidas como la necesidad de que las declaraciones de niños y niñas, se desarrollen en lugares adecuados y sean conducidas por expertos especialmente capacitados para ello y que su número sea limitado y el estrictamente necesario, así como que se adopten medidas para que dichas entrevistas sean grabadas y que dichas grabaciones puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral).

Como se ha argumentado por los especialistas, no se trata solo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad. La concurrencia de un profesional experto en la realización de esas entrevistas tiene un valor especial, aunque desde luego resulta irrenunciable la dirección y supervisión judicial y la contradicción asegurada por la presencia de todas las partes (STEDH caso S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002 ; sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el conocido caso *Pupino*, de 16 de junio de 2005 ; así como STC 174/2011, de 7 de noviembre, y STS 96/2009, de 10 de marzo).

Podemos concluir, en suma, que *nuestra jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad*. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes de los que son elocuentes muestras las SSTS 96/2009, 10 de marzo; 593/2012, 17 de julio; 743/2010, 17 de junio y ATS 1594/2011, 13 de octubre).

Doctrina que ha sido resumida por la STS nº 470/2013, de 5 de junio, en la siguiente forma:

En los supuestos de menores víctimas de un delito puede estimarse excepcionalmente concurrente una causa legítima que impida su declaración en el juicio oral, y en consecuencia que otorgue validez como prueba de cargo preconstituida a las declaraciones prestadas en fase sumarial con las debidas garantías.

Los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores.

Pero, en estos casos, debe salvaguardarse el derecho de defensa del acusado, sustituyendo la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción, en cuyo desarrollo se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias.

8.- En el caso de autos, al igual que el contemplado en la STS 598/2015, el Juez instructor, en atención a la edad de la menor como víctima de los hechos, doce años entonces, apenas trece en ese momento, acordó su declaración, con la intervención de psicólogas forenses del Equipo de Asesoramiento Técnico Penal, en tiempo relativamente cercano a los hechos, seis meses después, con posibilidad de intervención de las partes a través de los expertos. Se garantizó, pues, de un lado la incolumidad de las menores en la medida de lo posible, en tanto que las manifestaciones de las mismas no se hicieron en presencia directa de las partes ni en confrontación personal o visual con ellas, sino mediante la intervención de expertos; y se aseguró asimismo el derecho de contradicción de la defensa al permitir su intervención para hacer a las menores, a través de los citados expertos, las preguntas que considerase atinentes a su derecho y que fueran consideradas pertinentes por el Juez.

Destaca la doctrina de esta Sala, que esta forma de proceder no permite al Tribunal del enjuiciamiento una intermediación plena. Pero la cuestión es si, respetándose los derechos del acusado a interrogar a los testigos de cargo y a la contradicción, la limitación de la intermediación está justificada. Ya hemos señalado las exigencias de carácter general. En el supuesto que se enjuicia, el Tribunal disponía de los informes de los peritos psicólogos que desaconsejaban tanto someterla a una nueva declaración, como la presencia de las menores en el plenario. Finalmente, en la vista oral, se procedió al visionado de las grabaciones de tales exploraciones. No se aprecia, pues, una vulneración de los derechos del recurrente a la defensa y a la contradicción.



A todo ello ha de añadirse que el recurrente no precisa, ni tampoco precisó entonces, la existencia de cuestiones relevantes para el enjuiciamiento o de aspectos nuevos hasta entonces desconocidos, que pudieran ser objeto del interrogatorio a las menores y que no hubiera podido plantear en el momento de su declaración en la fase de instrucción, por lo que tampoco desde esa perspectiva se justificaba un nuevo interrogatorio a las menores.

9.- Válidamente oída por tanto la declaración grabada de la menor, válidamente considerada como prueba de cargo preconstituida, pues 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, cuya estructura y fundamentación seguimos, 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. 339/2007, de 30 de abril, núm. 187/2012, de 20 de marzo, núm. 688/2012, de 27 de septiembre, 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 testifical 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. En autos, ninguno de esos parámetros han sido cuestionados en el recurso, mientras que el Tribunal de instancia, motivada, minuciosa y racionalmente ha afirmado su concurrencia.

Consecuentemente, ambos motivos, primero y tercero, se desestiman.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo formula por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECr, por indebida aplicación de los artículos 181.1, 181.3, 183.1 183.3 del Código Penal.

Argumenta que no resulta cumplimentada la conducta típica, pues no ha mediado consumación alguna con ánimo libidinoso.

Debemos advertir por una parte que el tipo subjetivo de los delitos de agresión y abuso sexual lo que exige es el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que voluntariamente se ejecuta, y la conciencia de afectación del bien jurídico (vd. SSTS 897/2015, de 15 de diciembre; 411/2014, 26 de mayo; 132/2013, de 19 de febrero). Generalmente concurrirá también un ánimo tendencial consistente en el propósito de obtener una satisfacción sexual, pero este ánimo no viene exigido por el tipo, y por ello no puede exigirse su concurrencia.

Tradicionalmente exigía la concurrencia de un ánimo tendencial consistente en el llamado ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual. Generalmente, tal ánimo concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente la que lo explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido. En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que sea suficiente que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima.

De otra que el motivo elegido, atiende exclusivamente al cuestionamiento de la subsunción efectuada, pero con observancia de la narración de hecho probados, de la que debe partirse sin alteración alguna. El motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECr, "es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el



Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (cifr. STS núm. 579/2014, de 16 de julio y las que allí se citan).

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado, cuando en la narración declarada probada, se indica:

- La menor edad de la víctima, *nacida el NUM000 /1998 y que a la sazón contaba con 12 años....*
- En los meses de verano de 2011, *con decidido propósito de satisfacer sus apetencias sexuales y aprovechando la ausencia de los demás familiares, la abordó en distintas ocasiones.*
- En el mes de junio, *pretendió en dos ocasiones tocarle los pechos logrando Reyes apartarse del procesado.*
- *Entrado el mes de julio,... abordó a la menor en el salón de la vivienda y, con renovada apetencia sexual, le quitó la camiseta le acarició los pechos y las nalgas, consiguiendo ella retirarse y refugiarse en su dormitorio. Al día siguiente... le tocó los pechos y en el sofá del salón le quitó la ropa y, tras cogerle las manos, la penetró vaginalmente. De igual manera, un día después acudió a la cocina al encuentro de Reyes y comenzó a manosearla hasta finalmente penetrarla también vaginalmente.*
- *Durante el mes de agosto... el procesado aprovechó otro momento a solas con ellas para, en su persistente afán lúbrico, manosearla en una ocasión y, en otra, penetrarla vaginalmente... manifestándole "no se lo digas a tus padres que sino seguiré haciéndolo con más fuerza".*

Donde consta, además del *propósito de satisfacer sus apetencias sexuales*, la edad de doce años de la víctima, diversos abusos, en especial al menos tres accesos por vía vaginal y la consciencia de la afectación a su indemnidad sexual.

El motivo, necesariamente se desestima.

TERCERO.- Indica el párrafo segundo del artículo 901 LECr, que si se desestimara el recurso, se declarará no haber lugar al recurso y se condenará al recurrente en costas.

III. FALLO

DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Daniel**, contra Sentencia de fecha 4 de febrero de 2015, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida contra el mismo por delito de abuso sexual. Con imposición de las costas originadas por su recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Miguel Colmenero Menendez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco