



Roj: **STS 3983/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3983**

Id Cendoj: **28079120012017100743**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/2017**

Nº de Recurso: **10373/2017**

Nº de Resolución: **736/2017**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 736/2017

Fecha de sentencia: 15/11/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10373/2017

P Fallo/Acuerto: Sentencia Absolutoria

Fecha de Votación y Fallo: 31/10/2017

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Sección Segunda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MAJN Nota:

Resumen

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ABSOLUCIÓN DEL ACUSADO DE ABUSOS SEXUALES A SUS DOS HIJAS: la Sala es consciente de las dificultades probatorias de los delitos contra la indemnidad sexual de los menores. Se trata de acciones de inequívoco significado lascivo que se ejecutan sobre menores cuyo silencio, facilitado por la falta de conciencia del sujeto pasivo acerca de su propia victimización, se logra mediante un mensaje coactivo que, en no pocas ocasiones, logra asegurar la impunidad. Ese hecho constituye un perturbador punto de partida al que se enfrenta cualquier órgano jurisdiccional que asume el desafío intelectual de exteriorizar las razones por las que considera al acusado autor de un delito de esa naturaleza. La necesidad de evitar que el proceso penal se convierta para el menor en el angustioso marco de evocación de las agresiones padecidas, suma otro elemento añadido de dificultad.

Pese a todo, es evidente que el ejercicio del "ius puniendi" del Estado no puede debilitar el cuadro de sus garantías en función de los obstáculos probatorios inherentes a la naturaleza del proceso. Ni la edad de la víctima, ni sus dificultades para rememorar episodios que han impactado en su formación integral, pueden convertirse en una excusa para erosionar el canon de suficiencia incriminatoria que viene impuesto por el contenido material del derecho a la presunción de inocencia proclamado por el art. 24.2 de la CE.

Los elementos de corroboración de la prueba no pueden desbordar su significado procesal, que no es otro que el de servir de instrumento lógico para reforzar lo que otras pruebas ya han evidenciado. Cuando las pruebas llamadas a corroborar rompen su enlace con el hecho necesitado de corroboración, se genera una grieta lógica de difícil subsanación. Corroborar es añadir argumentos a lo ya acreditado. Y nada de esto sucede cuando

no se aprecia siguiera una proximidad entre la versión de las niñas y la ofrecida por otros testigos y peritos llamados a proporcionar pruebas corroboradoras.

En efecto, los testimonios de la madre -por cierto, con una relación de pareja deteriorada en la fecha en que los hechos fueron denunciados- y la abuela de las menores, están en abierta contradicción con la versión ofrecida por las niñas ante el Tribunal "a quo". Y esa divergencia no puede ser salvada otorgando a los peritos capacidad para dar por probado lo que las víctimas no han declarado, ni ante el Juez instructor, ni ante el órgano de enjuiciamiento.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10373/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Sentencia núm. 736/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Luciano Varela Castro

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 15 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Anton**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, que le condenó por dos delitos continuados de abusos sexuales agravados y de un delito continuado de exhibición de material pornográfico entre menores de edad, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Caballero Aguado y la recurrida Acusación Particular Dña. Modesta representada por el Procurador Sr. Arbona Serra.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 7 de Palma de Mallorca instruyó sumario con el nº 5 de 2015 contra Anton, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, que con fecha 27 de marzo de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<Que el procesado Anton (mayor de edad en cuanto nacido el NUM000 de 1978, sin antecedentes penales computables, en libertad provisional por esta causa, de nacionalidad dominicana y con DNI NUM001, en fecha no determinada, pero durante el segundo semestre del año 2013 y los dos primeros meses del año 2014, en varias ocasiones visionó junto con las menores Nieves (nacida el NUM002 de 2008) y Sacramento (nacida el NUM003 de 2010), hijas del procesado con su pareja sentimental, Modesta, material audiovisual de contenido pornográfico que el procesado poseía en su teléfono móvil, así como películas del mismo género, visionadas en el televisor de la vivienda familiar, sita en la CALLE000 NUM004, NUM005 de Palma. Aprovechando tales visionados por las menores, el procesado aprovechaba, con el pretexto de jugar a hacer lo que habían visto, introducir su miembro viril en el interior de la boca de los menores. A raíz de los hechos, Nieves ha sufrido diferentes cambios en sus estados de ánimo, con grandes bloqueos para exteriorizar y superar los hechos y, la menor, Sacramento, presentó una conducta muy sexualizada, teniendo en cuenta su escasa edad -tres años->>.

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

<<LA SALA ACUERDA: CONDENAR a Anton como autor responsable de dos delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado con continuidad delictiva, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de prisión de diez años y seis meses por cada uno de ellos, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; libertad vigilada por tiempo de seis años y privación de la patria

potestad de sus dos hijas, Nieves y Sacramento . CONDENAR a Anton como autor responsable de un delito continuado de exhibición de material pornográfico, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de prisión de diez meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena y libertad vigilada por tiempo de dos años. Todo ello con imposición de las costas procesales devengadas. En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a Nieves y Sacramento , a través de su representación legal, en la cuantía de 6.000 euros, para cada una de ellas; cantidad sobre la que devengarán los intereses previstos en el art.576 LEC . Notifíquese a las partes, con advertencia de que contra la presente resolución cabe recurso de casación>>.

Por auto de 31 de marzo de 2017 se aclaró la anterior sentencia conteniendo la siguiente parte Dispositiva:

<<La Sala Acuerda aclarar el error observado en la sentencia nº 123/17 de fecha 27/3/17, en el sentido de que el nº de la sentencia es el 123/17 y la fecha es veintisiete de marzo del año dos mil diecisiete>>.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Anton** , 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.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Anton , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero y único.- Por violación notoria de preceptos constitucionales. Al amparo del art. 852 L.E.Cr . y 5.4 L.O.P.J. 6/1985, de 1 de julio , en relación con el art. 24 de la C.E ., al lesionar la sentencia recurrida los derechos de mi mandante a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un juicio justo y con todas las garantías, a la defensa, a las garantías en cuanto a los medios de prueba, al uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa, a la igualdad de armas procesales y en la aplicación de la ley, a las garantías del principio acusatorio, al derecho a un juez imparcial y a las garantías del principio de legalidad penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la inadmisión de su único motivo, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 9 de octubre de 2017 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo para el día 31 de octubre de 2017. Conforme a lo previsto en el art. 206 de la LOPJ , al quedar en minoría el Magistrado inicialmente designado ponente -Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano- asumió la ponencia el Presidente de la Sala, Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, quién expresa el criterio de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. - La sentencia de fecha 27 de marzo de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, condenó al acusado Anton como autor responsable de dos delitos de abuso sexual con acceso carnal, agravados con continuidad delictiva, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 10 años y 6 meses por cada uno de ellos, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. También le impuso libertad vigilada por tiempo de 6 años y privación de la patria potestad de sus hijas Nieves y Sacramento . Asimismo fue condenado como autor de un delito de exhibición de material pornográfico a la pena de prisión de 10 meses, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y libertad vigilada por tiempo de 2 años.

Contra esta sentencia se interpone por la representación legal del acusado recurso de casación. Se formaliza un único motivo que, bajo el enfático epígrafe « *violación notoria de preceptos constitucionales* », reivindica la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un juicio justo, a la defensa, a la utilización de los medios de prueba pertinentes, a la igualdad de armas, al principio acusatorio, al juez imparcial y a las garantías del principio de legalidad (art. 24 CE), todo ello al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim .

La lectura del desarrollo del motivo revela, además de una extensa cita de precedentes jurisprudenciales de esta misma Sala que apoyarían la tesis del recurrente, la disconformidad de la defensa con la suficiencia de la prueba de cargo valorada por el Tribunal *a quo*, así como la denuncia de la falta de racionalidad en el proceso de valoración de los elementos de cargo y descargo ofrecidos en el plenario por el Fiscal y las partes. Y ese es, desde luego, el contenido material del derecho a la presunción de inocencia.

A juicio de la defensa, la insuficiente carga incriminatoria de las pruebas valoradas por la Audiencia estaría relacionada con el hecho de que las menores no prestaron declaración durante la fase de instrucción, «... *limitándose a entrevistarse con las psicólogas*». Declararon en el plenario y ahí negaron los hechos imputados a su padre. Estima que ha existido un flagrante error en la valoración de los dictámenes periciales en los que se apoyan los Jueces de instancia para fundamentar la condena. Por si fuera poco, «..., *las menores se hallaban en un entorno familiar hostil, como han declarado ambos padres y familiares, y actualmente residen con su madre, quien mantiene una enemistad manifiesta con el acusado. La influencia de esta última sobre las menores es notable y manifiesta y se trata de un elemento que parece no entrar a valorar el tribunal*». Se aduce que los testimonios de Sacramento e Nieves -hijas del acusado- no ofrecieron respaldo alguno a la acusación del Fiscal y la acusación particular. En definitiva, «... *las numerosas contradicciones y ambigüedades en la declaración de las menores*» no deberían haber bastado para la proclamación del juicio de autoría.

Tiene razón la defensa y el motivo ha de ser estimado.

2. - La Sala es consciente de las dificultades probatorias de los delitos contra la indemnidad sexual de los menores. Se trata de acciones de inequívoco significado lascivo que se ejecutan sobre menores cuyo silencio, facilitado por la falta de conciencia del sujeto pasivo acerca de su propia victimización, se logra mediante un mensaje coactivo que, en no pocas ocasiones, logra asegurar la impunidad. Ese hecho constituye un perturbador punto de partida al que se enfrenta cualquier órgano jurisdiccional que asume el desafío intelectual de exteriorizar las razones por las que considera al acusado autor de un delito de esa naturaleza. La necesidad de evitar que el proceso penal se convierta para el menor en el angustioso marco de evocación de las agresiones padecidas, suma otro elemento añadido de dificultad.

Esta reflexión inicial ha condicionado -como en tantos otros supuestos similares- nuestra aproximación al motivo formalizado por la parte recurrente. Las dificultades se acrecientan cuando la resolución combatida, además de su pulcritud sistemática, aporta un valioso esfuerzo argumental encaminado a reforzar la convicción de los Magistrados de instancia respecto del fundamento de la condena pronunciada.

Pese a todo, es evidente que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado no puede debilitar el cuadro de sus garantías en función de los obstáculos probatorios inherentes a la naturaleza del proceso. Ni la edad de la víctima, ni sus dificultades para rememorar episodios que han impactado en su formación integral, pueden convertirse en una excusa para erosionar el canon de suficiencia incriminatoria que viene impuesto por el contenido material del derecho a la presunción de inocencia proclamado por el art. 24.2 de la CE.

2.1. - La función de esta Sala, en la actuación del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, no puede limitarse a constatar -decíamos en nuestra STS 190/2015, 6 de abril, con cita de la STS 49/2008, 25 de febrero- la coherencia del *factum* en su dimensión exclusivamente formal, en lo que tiene de narración, más o menos certera, de un suceso histórico. Por el contrario, ha de extender su conocimiento al grado de racionalidad que ese juicio histórico presenta frente al resultado material de la prueba practicada. El control del respeto al derecho a la presunción de inocencia autoriza a esta Sala a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. Pues bien, la prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio.

Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción penal. Y, en la imputación jurisdiccional de un hecho criminal no valen, desde luego, las intuiciones valorativas ni la proclamación de presentimientos percibidos como reales. Lo contrario supondría alejar el proceso penal y, de modo especial, las técnicas de valoración probatoria, de su verdadero fundamento racional. En definitiva, la afirmación del juicio de autoría no puede hacerse depender de una persuasión interior, de una convicción marcadamente subjetiva y, como tal, ajena al contenido objetivo de las pruebas. Esta Sala, en fin, sólo puede avalar un modelo racional de conocimiento y valoración probatoria en el que no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria desplegada por las partes (cfr. SSTs 514/2015, 2 de septiembre; 1125/2010, 15 de diciembre; 1014/2010, 11 de noviembre y 985/2010, 3 de noviembre, entre otras).

2.2. - Es desde esta perspectiva, como hemos de abordar el control de la suficiencia y racionalidad de la valoración de la prueba efectuada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla.

El FJ 2º de la sentencia recurrida comienza por analizar lo que debiera constituir la principal prueba de cargo, a saber, el testimonio de las menores, Sacramento e Nieves. Se da la circunstancia -así lo ponen de manifiesto los Jueces de instancia y así lo recuerda con insistencia la defensa del acusado- que ninguna de las dos menores fue examinada durante la instrucción. Este hecho, sin embargo, se justifica en la instancia en atención a la edad de las niñas: «... *en primer lugar examinamos el testimonio de las menores -las cuales no fueron*

exploradas en sede instructora-. Debemos tener presente que, en el momento de los hechos contaban con tres y cinco años de edad y, la primera ocasión en la que declaran ante autoridad judicial es tres años después.

Este punto de partida sugiere una precisión. En efecto, es cierto que no faltarán supuestos en que los ataques a la indemnidad sexual del menor se ejecuten sobre víctimas que, por razón de su edad, carecen de las habilidades necesarias para la comunicación. En el presente caso, sin embargo, la edad de las víctimas no fue obstáculo para que fueran entrevistadas, al menos, en tres ocasiones por los técnicos del UVASI, adscritos a la unidad de valoración del abuso sexual. Surge aquí un primer obstáculo que entorpece la integridad del proceso de valoración probatoria. La exclusión de un examen jurisdiccional de los menores, claro es, con todas las garantías que admite y exige nuestro sistema, no puede tener como punto de contraste la entrega incondicional a técnicos que, sin límite alguno, llaman a su presencia, una y otra vez, al menor hasta que consideran articulada una versión susceptible de integrarse en los presupuestos fácticos de la imputación.

Cuando Sacramento e Nieves deponen por primera vez ante un Juez, en este caso, el Tribunal de enjuiciamiento, no aportan ningún elemento de juicio con la entidad incriminatoria precisa para respaldar la autoría de Anton . En el caso de Sacramento , se razona expresamente lo siguiente: «... *la menor de las dos hermanas, que en el momento de los hechos contaba con tres años y medio de edad, presenta, al menos en el momento de la exploración plenaria una personalidad extrovertida, localiza temporalmente los hechos que narra -al referir que no se acuerda de ellos porque tenía tres años-; se limita a exponer que la relación con papá era, "bueno... había alguna cosa rara... pero no me acuerdo, tenía tres años. No veía películas con papá, sí con Nieves , de perritos (luego, retoma lo anterior y especifica que veía con papá películas de dibujos animados). Negó haber visto a su padre hacer pis ».*

La misma sequía probatoria de la principal fuente de prueba es reconocida por los Jueces de instancia respecto de la otra menor: «... *por su parte, Nieves -que ya cuenta con ocho años de edad, si bien sigue manteniéndose esquiva a hablar sobre los hechos (como veremos al examinar las periciales), ofrece datos de interés. Así expuso que "con papá se llevaba más o menos mal, que su hermana Sacramento les dijo a ella y a su madre, que un día papá le metió el pito en la boca, ella no lo vio, pero pensó que no era normal. Refiere que su padre les decía, cuando veían una peli, que la imitasen, era una peli, no para niños -se mantiene unos minutos en silencio- y continua manifestando que no se acuerdan si estaban desnudos o vestidos, reitera que ella no imitó esas películas por qué no le apetecía, porque era aburrido, y que no ha jugado con el móvil de papá ".*».

La falta de aportación de datos de interés probatorio por parte de las dos menores es reconocida en la fundamentación jurídica. Sin embargo, el importante escollo que ello representa se justifica en la sentencia recurrida «... *por el tiempo transcurrido desde los hechos, atendiendo a la edad de los menores*». Se admite que este dato «... *se convierte en un obstáculo importante para el enjuiciamiento de los hechos*». Pese a todo, aun admitiendo la necesidad «... *de mayor rigor en el aspecto de la verosimilitud (...) especialmente en lo que afecta a la coherencia interna del relato*», los Jueces de instancia concluyen que «... *en el presente caso, contamos con elementos externos de corroboración que se consideran sólidos y fuertes*».

Y ese presupuesto metodológico no puede ser avalado por la Sala. Los elementos de corroboración de la prueba no pueden desbordar su significado procesal, que no es otro que el de servir de instrumento lógico para reforzar lo que otras pruebas ya han evidenciado. Cuando las pruebas llamadas a corroborar rompen su enlace con el hecho necesitado de corroboración, se genera una grieta lógica de difícil subsanación. Corroborar es añadir argumentos a lo ya acreditado. Y nada de esto sucede cuando no se aprecia siguiera una proximidad entre la versión de las niñas y la ofrecida por otros testigos y peritos llamados a proporcionar pruebas corroboradoras.

En efecto, los testimonios de la madre -por cierto, con una relación de pareja deteriorada en la fecha en que los hechos fueron denunciados- y la abuela de las menores, están en abierta contradicción con la versión ofrecida por Sacramento e Nieves ante el Tribunal a quo. Y esa divergencia no puede ser salvada otorgando a los peritos capacidad para dar por probado lo que las víctimas no han declarado, ni ante el Juez instructor, ni ante el órgano de enjuiciamiento.

Conviene tener en cuenta -decíamos en la STS 648/2010, 25 de junio - que el fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 LECrim). Convertir el dictamen de los peritos psicólogos, singularmente, lo que éstos denominan conclusión psicológica de certeza, en un presupuesto valorativo *sine que non* , llamado a reforzar la congruencia del juicio de autoría, supone convertir al perito en una suerte de *pseudoponente* , con una insólita capacidad para valorar anticipadamente la credibilidad de una fuente de prueba,

Por cuanto antecede, la Sala estima vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del acusado, con la consiguiente estimación del motivo formulado.

3. - Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **DECLARAR haber lugar** al recurso de casación promovido por la representación legal de **D. Anton** , contra la sentencia de fecha 27 de marzo de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en causa seguida contra el mismo por dos delitos continuados de abusos sexuales y un delito continuado de exhibición de material pornográfico entre menores de edad, **casando y anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez

Andrés Martínez Arrieta

José Ramón Soriano Soriano Luciano Varela Castro Ana María Ferrer García

RECURSO CASACION (P) núm.: 10373/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Luciano Varela Castro

Dª. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 15 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 10373/2017-P, en el procedimiento ordinario núm. 5/2015, tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Palma de Mallorca, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Mallorca se dictó sentencia de fecha 27 de marzo de 2017, que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ÚNICO. - Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y declaramos que los hechos probados de la sentencia recurrida han sido proclamados con vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- ÚNICO. - Por las razones expuestas en el FJ 2º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del motivo único entablado por la defensa, declarando que el juicio histórico de la sentencia recurrida encierra una vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, a la vista de la insuficiencia de las pruebas practicadas para proclamar la autoría de Anton respecto de los delitos por los que se formuló acusación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido << *Que debemos absolver y absolvemos libremente al acusado recurrente Anton de dos delitos continuados de abuso sexual y un delito continuado de exhibición de material pornográfico de los que venía siendo condenado en la presente causa Rollo núm. 53/2015 Sumario 5/2015*>>.

DECLARAR de oficio las costas procesales.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta José Ramón Soriano Soriano Luciano Varela Castro Ana María Ferrer García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 15/11/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P) Número: 10373/2017 P

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL PONENTE, EXCMO. SR.DON José Ramón Soriano Soriano, CONSTITUIDO POR EL BORRADOR QUE SOMETIÓ A LA DELIBERACIÓN DE LOS COMPAÑEROS, CUYO CRITERIO RESPETA PLENAMENTE.

El recurrente después de invocar posibles motivos de casación, los reduce todos a uno solo, que califica de "violación notoria de preceptos constitucionales, que ampara con el art. 852 L.E.Cr . y 5.4 L.O.P.J .". En el enunciado refiere diversos derechos fundamentales que giran alrededor del derecho a la presunción de inocencia, que en realidad es el único que desarrolla (art. 24.2 C.E .).

1. De entre los diversos reparos que formula a la sentencia recurrida cabe destacar los siguientes: a) Las declaraciones testificales -nos dice- tanto de los menores como de familiares, resultan **contaminadas** por el entorno familiar en que se produjeron y la especial vulnerabilidad del testimonio de las menores, lo que obligaría a valorarlas con especial cuidado.

b) Considera insuficiente la prueba con la que contó el Tribunal, ya que existen ciertas contradicciones y cambios de versión de las menores. c) Acepta que las pruebas corroboradoras del testimonio de las menores, fueron los informes de la UTASI y UVASI, informe forense, testimonios de familiares, que por cierto estaban enemistados con el acusado. d) Las menores se hallaban en un entorno familiar hostil. e) En los informes de los técnicos en psicología en los que se basa el Tribunal, los psicólogos actúan como profesionales clínicos, no como forenses, de ahí que puedan calificarse algunas de sus declaraciones de parcialidad y subjetividad. f) No se valoraron manifestaciones directas de las menores, sino deducciones de las psicólogas, cuando se debe exigir en el testimonio incriminatorio del menor que exista persistencia en el mismo sin ambigüedades ni contradicciones. Junto a tales objeciones el recurrente citó una serie de sentencias de esta Sala, en las que el control casacional no superó las exigencias de una prueba de cargo legítima, suficiente y motivada (SS.T.S. 861/2017 de 8 de marzo, 355/2017 de 28 de mayo, 367/2017 de 19 de mayo).

2. En realidad cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como es el caso, se ha de comprobar si la prueba de cargo, en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia de condena, fue obtenida con las garantías inherentes al proceso debido. Éstas son:

a) Debe analizarse el juicio sobre la prueba, es decir verificar si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto a los principios constitucionales y procesales (canon de legalidad



constitucional y de legalidad ordinaria), y que además se haya introducido y practicado en el plenario con respeto a los principios de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad de armas.

b) Se debe también controlar por el Tribunal de casación el juicio sobre la suficiencia de la prueba incriminatoria, es decir, si las pruebas o indicios son de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento del derecho a la presunción de inocencia.

c) En tercer lugar débese igualmente verificar el juicio sobre la motivación y su racionalidad, esto es, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, explicitando los razonamientos para justificar la efectiva destrucción de la presunción de inocencia. En otras palabras debe revisarse en casación si la convicción interna alcanzada por el Tribunal se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón. Lo que no puede pretenderse es una revaloración o nueva valoración de la prueba a realizar por este órgano jurisdiccional de casación, que ha carecido de la inmediación que tuvo el de instancia.

3. El Tribunal de instancia analizó y valoró las pruebas de cargo, particularmente el testimonio directo de las menores, desde la perspectiva de la incredulidad subjetiva, verosimilitud del testimonio derivado de su coherencia interna y las corroboraciones externas de carácter objetivo, así como la persistencia y mantenimiento en lo esencial de las afirmaciones incriminatorias.

Las menores, aunque desde el momento de los hechos acudieron a las atenciones psicológicas de expertos, que diagnosticasen y ofreciesen tratamiento a la anómala situación que referían, declararon por primera vez con efectos probatorios en el juicio oral. A esta prueba fundamental, con las limitaciones que conlleva la edad de las menores, (en la fecha del juicio 6 y 8 años respectivamente), se unieron otras corroboraciones que garantizaban la veracidad del testimonio de las niñas. Éstas eran: a) La declaración de la madre y abuela de las menores, que por la confianza que les ofrecía, relataron muchas de las agresiones sexuales que estaban padeciendo (véase págs. 9, 10 y 11 de la recurrida). b) Es llamativo y revelador el testimonio de Josefa , profesora de Sacramento que aportó datos alarmantes que había detectado una monitora, entre dos niñas con la puerta cerrada en el baño. Cuando trató

de esclarecer los hechos la tutora, descubrió los abusos de su padre en su persona (Sacramento) y en el de su hermana Nieves . c) La pericial integrada por el testimonio de la técnico nº NUM006 del UVASI, cuyo informe figura a los folios 14 a 20 de las actuaciones, al cual nos remitimos. Del informe se desprendían hechos integrantes de posibles abusos de su padre, esto es, de las exploraciones obtuvo indicadores suficientes para derivar la cuestión a la UTASI.

Las menores relataban felaciones de las niñas realizadas a su padre.

4. Consideración aparte merece el dictamen de la UTASI, obrante a los folios 48-55 de la causa.

Debe destacarse del examen de las mismas lo siguiente:

a) Respecto a Nieves . Su actitud ante cualquier tema del entorno familiar era de evitación y reserva, sobre todo hacia la figura paterna; ante estos temas adopta una postura de disimulo, de hacer como que no pasa nada, para que terminen ya las preguntas. Sin embargo, en otra sesión posterior, cuando Nieves es preguntada por la técnico, sobre qué pasará cuando vuelva a casa con papá, la menor le contesta que tiene miedo a que le haga otra cosa, "como ponerme el pito en la boca ...", y a Sacramento le hizo pis y se lo tragó".

Una vez la menor ha sido capaz de expresar sin ambages lo expuesto, manifiesta a la técnico que contarle le daba vergüenza, que pasó en la casa donde han vivido siempre y que cuando pasó mamá y papá vivían juntos y mamá estaba trabajando, que pasó más veces pero que no las recuerda y que papá les dijo que no se lo contaran a mamá. b) En el caso de Sacramento la técnico nos explica que mantenía un vínculo fuerte hacia su padre, e incluso se advertía una tendencia a su protección, negando circunstancias vividas, reconocidas por su propio padre (como el hecho de que las duchara a menudo, o haber visto desnudo a su progenitor), al entender que como ella había contado lo que su padre le dijo que no contara, ha dejado de verle. Ahora bien, tras el relato ofrecido por Nieves , la técnico se lo contó a Sacramento y ésta afirmó que lo que su hermana había dicho, había ocurrido, añadiendo que fue en el

sofá y que copiaban la película, que era una película de mayores y que Nieves estaba delante, que se tragó el pipí y que "era como la cerveza", que pasó en la casa en la que vivían los cuatro y que mamá estaba trabajando.

La técnico explicó a preguntas de las acusaciones que el proceso de Sacramento e Nieves era de "libro", concluyendo que el condicionante emocional y conductual que presentan las niñas no responde a haber visto películas pornográficas en las que no forman parte, sino que demuestra que han estado implicadas como partícipes; por ello recurren al "no me acuerdo" cuando no quieren hablar. Están silenciadas por el padre.

A preguntas de la defensa, la técnico descartó que las menores hubieran estado en situación de shock por la separación de los padres, ni tampoco que sufrieran una alienación materna, por cuanto eran demasiado pequeñas y porqué en el relato de las niñas no hablan mal del padre. Acerca del síndrome de acomodación al abuso sexual, y a preguntas de la defensa, también se descartó que derivara de la separación de los progenitores, tanto por la presencia de indicadores de abuso sexual, como porque si fuera derivado de la separación las menores no habrían intentado evitar hablar del padre.

Por lo tanto, examinada la prueba de cargo, encontramos ya un relato histórico de lo acontecido, del que se deriva que el procesado, en ocasiones, permitía -o no hacía nada por impedirlo- que las menores visionaran material pornográfico, con él o sin él; tras haber observado tales imágenes, el padre proponía jugar a imitar lo visto, primero con Nieves, la cual accedió en varias ocasiones y, posteriormente con Sacramento, con quien sí eyaculó en su boca. Tales hechos se repitieron en varias ocasiones, si bien, en un momento determinado, Nieves no quiso jugar porque le daba asco. Su padre les decía que no debían contárselo a mamá porque si no irían al cuarto oscuro con la luz apagada. Son estas vivencias -y no el visionado de las películas o vídeos- las que provocan las consecuencias en la conducta de las menores, retrayendo a Nieves y generando una conducta sexualizada en Sacramento -como se advierte en el episodio ocurrido en su colegio y que explicó la testigo Josefa; o los juegos con muñecos en las posiciones expuestas, que relató la madre y abuela de las menores. En definitiva, estimamos correcta y fundada la valoración probatoria de la Audiencia.

5. El Tribunal de instancia también analizó y valoró la prueba de descargo, como relata la propia sentencia. En este sentido nos dice que los hechos fueron negados por el acusado, si bien reconoció que en ocasiones se duchaba con las niñas y que, una vez, la pequeña, Sacramento, le tocó los genitales en la ducha. También reconoce que Sacramento le cogió el móvil y vio un vídeo de una felación; así como las referencias al "cuarto oscuro", que era la despensa y donde las mandaba a pensar, manifestó haberlo hecho una vez. A su juicio, todo es mentira, y todo deriva de un ánimo de venganza de la madre por la separación y porque tenía celos de la relación de Sacramento con él.

Junto a la versión del acusado los testigos de descargo tampoco ofrecieron garantías a la Audiencia como se explicitó en la pág. 19 de la misma. Dichos testigos (Luis María, Sr. Abel y Calixto), no consiguieron debilitar el relato fáctico sentencial, sustentado en otras pruebas de cargo de una mayor contundencia probatoria.

Por todo ello este Magistrado discrepante reputa adecuadamente fundamentada la sentencia desde el punto de vista probatorio, pues aunque las menores, víctimas de delito, han aportado un relato breve y fragmentario de los hechos sufridos, las pruebas corroboradoras, especialmente los informes y explicaciones ofrecidas por los profesionales técnicos de las referencias de las menores a su madre y a su abuela, coincidentes en lo esencial con las demás probanzas, unido a la incapacidad neutralizadora de los hechos probados de la prueba de descargo, permiten concluir que el relato fáctico responde a la realidad y se apoyó en pruebas legítimas, legalmente obtenidas, debidamente practicadas en el plenario y racionalmente valoradas por el Tribunal, por lo que el derecho a la presunción de inocencia fue desvirtuado.

El motivo, que se erige como único, no puede prosperar.

José Ramón Soriano Soriano