



Roj: **STS 2021/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2021**

Id Cendoj: **28079120012017100397**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/05/2017**

Nº de Recurso: **1749/2016**

Nº de Resolución: **367/2017**

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

Ponente: **PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal Sentencia núm. 367/2017

Fecha de sentencia: 19/05/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 1749/2016 Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Fecha de Votación y Fallo: 11/05/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 DE PALMA DE MALLORCA Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río Transcrito por: MGS Nota:

Resumen

Abusos sexuales a menor. Absolución por falta de pruebas. Vulneración del deber que impone el art. 416,1º LECRIM . Las manifestaciones de carácter inculpatario hechas por la posible víctima a los facultativos que la examinen carecen valor probatorio de cargo por falta de garantías. Ausencia de contradicción y de otras fuentes de prueba de las que hubieran podido seguirse elementos de cargo susceptibles de ser tomados en consideración como tales.

RECURSO CASACION núm.: 1749/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal Sentencia núm. 367/2017

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Luciano Varela Castro

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 19 de mayo de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 1749/2016, interpuesto por **Alejandro** , representado por la procuradora doña María Carmen Olmos Gilsan, bajo la dirección letrada de don Jesús Ignacio Galán Ayuso; contra la sentencia n.º 88/2016 dictada, el 11 de julio de 2016, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca , que le condeno por un delito continuado de abusos sexuales a menor de trece años. Es parte el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de DIRECCION000 , incoó Procedimiento Ordinario, con el número 3/2013, por un delito continuado de agresión sexual, un delito de lesiones y un delito de provocación sexual, contra Alejandro y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca cuya Sección Primera dictó, en el Rollo n.º 68/2015, sentencia con el n.º 88/2016, el once de julio de dos mil dieciséis , con los siguientes **hechos probados:** «PRIMERO.- El procesado Alejandro , mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental de pareja con Delfina , en la que convivieron en el mismo domicilio en la isla de DIRECCION000 , y fruto de la cual tuvieron cuatro hijos en común. Unos de sus hijos es Marisa , nacida el NUM000 /1999. En fechas no determinadas, pero en todo caso entre el período comprendido de 2007 a 2009, el acusado, con el fin de satisfacer sus deseos sexuales, mantuvo relaciones sexuales con su hija Marisa en varias ocasiones. Estos contactos sexuales consistían en tocamientos, felaciones y masturbaciones al padre, práctica de cunnilingüis del acusado a su hija, e introducción por parte del acusado de sus dedos en la vagina de Marisa . El acusado aprovechaba las ocasiones en que se encontraba a solas con su hija en casa, o estaba al cuidado de sus hijos mientras Delfina no estaba en casa, y se iban a una habitación para estar a solas o se encerraban en el cuarto de baño. Incluso en una ocasión Marisa tuvo que realizarle una felación a su padre en la despensa de la cocina. Y en otra ocasión mientras el acusado introducía sus dedos en la vagina de Marisa , ante las quejas de dolor de su hija, paró, se cortó las uñas, y prosiguió. Sobre el año 2009 tanto el acusado como la hasta entonces su pareja Delfina decidieron poner fin a la relación sentimental que mantenían. En el domicilio familiar se quedó Delfina con sus cuatro hijos mientras que el acusado primero abandonó el domicilio pero permaneciendo unos meses más en la isla de DIRECCION000 , y finalmente se marchó a vivir a Granada, posteriormente se rompió el contacto entre el acusado y Delfina y también de éste con sus hijos, hecho que hizo que el acusado solo viera dos veces más a sus hijos durante los dos años siguientes. En concreto y en lo que respecta a Marisa la vio por última vez el verano de 2011 en un piso que habían alquilado en la localidad de DIRECCION001 (DIRECCION000). En esa ocasión el acusado volvió a mantener relaciones sexuales con su hija, en este caso con penetración. SEGUNDO.- A consecuencia de este último encuentro sexual en el verano de 2011, el acusado contagió a Marisa una enfermedad de transmisión sexual consistente en condilomas acuminados en región perineal, enfermedad que le fue detectada a Marisa en 2012. Para su sanidad ha requerido de tratamiento médico consistente en tratamiento tópico (ácido tricloroacético, podofilino, nitrógeno líquido), asociado en casos de resistencia o recidiva con tratamiento quirúrgico (electrocauterización, escisión quirúrgica) que ha tardado en curar 30 días no impeditivos. La menor Marisa no ha tenido secuelas a raíz de esta enfermedad. Debido a los hechos relatados anteriormente la menor Marisa presenta indicadores de sufrimiento psicológico que inciden negativamente en el normal desarrollo de la vida de una adolescente de su edad y precisa de intervención psicoterapéutica específica. TERCERO.- No ha quedado acreditado que el acusado hiciera ver a su hija Marisa películas o vídeos de carácter pornográfico o de contenido sexual mientras convivían en el mismo domicilio CUARTO.- El acusado no ha estado privado de libertad por razón de esta causa..»[sic]

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

«Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Alejandro del delito de lesiones y del delito de provocación sexual por los que venía acusado.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Alejandro como autor criminalmente responsable de UN DELITO CONTINUADO DE ABUSOS SEXUALES A MENOR DE TRECE AÑOS, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN y a la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena. Se le impone a Alejandro la prohibición de aproximación en relación a Marisa a una distancia no inferior a 500 metros de su domicilio, lugar de estudio o de trabajo o de cualquier lugar en el que se encuentre, y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, directo o indirecto o por persona interpuesta, todo ello por un plazo de 19 años para ambas prohibiciones a cumplir simultáneamente con la pena de prisión. Se acuerda la medida de libertad vigilada sobre Alejandro por un plazo de 8 años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, y se le impone la privación de la patria potestad con respecto a su hija Marisa . En concepto de responsabilidad civil Alejandro deberá indemnizar a Marisa , a través de su representación legal, en la cantidad de 6.1 euros por los daños morales y el perjuicio psicológico causado, y en 1.500 euros por la lesiones causadas, con aplicación de lo previsto en el art. 576 de la LEC . Se condena al acusado al pago de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena impuesta será de abono al condenado el tiempo durante el cual hubiese estado privado de libertad por razón de esta causa.»[sic]

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por el acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose



a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación procesal de Alejandro , basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , y por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Segundo.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y por la vía del artículo 852 de la LECRIM , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 11 de mayo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el cauce del art. 5,4 LECRIM , se ha denunciado vulneración del derecho a la presunción de inocencia, debido a que la Audiencia no habría dispuesto de material probatorio de contenido incriminatorio bastante para fundar la condena. Esto, se dice, porque la fundamental prueba de cargo era lo manifestado por la menor que, en el juicio, se acogió al derecho a no declarar contra su padre, de modo que no ratificó allí todo lo que hubiera podido afirmar con anterioridad. Además, se argumenta, su testimonio no pudo en ningún momento ser sometido a contradicción efectiva; cuando se la entrevistó en la Clínica Médico-Forense no consta que fuera advertida de la dispensa prevista en el art. 416 LECRIM ; y la defensa no tuvo oportunidad de intervenir, o presenciar directa o indirectamente por un medio audiovisual, en ese momento, el modo en que esa actuación se llevó a cabo. Asimismo se hace ver que, a pesar de su disposición expresa al efecto, no se realizó prueba clínica alguna dirigida a determinar si el acusado había siquiera padecido y pudo haber sido el agente transmisor de los condilomas acuminados detectados en la menor. Se señala la circunstancia de que la madre de esta, un año después de la separación del ahora recurrente presentó esa misma afección, que dijo sufría igualmente su pareja de entonces. Y se subraya lo afirmado por los forenses acerca de la elasticidad del periodo de incubación de esa enfermedad, que podría ser de uno a tres meses, pero también prolongarse y resultar incluso más corto. Bajo el ordinal segundo, y en íntima relación con el asunto suscitado en el primer motivo, se postula la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por entender que el tribunal de instancia no tendría que haber considerado acreditados los elementos tratados por él como de cargo. Esto porque desde que en junio de 2012 se iniciaron las diligencias, las manifestaciones de la menor no fueron nunca sometidas a contradicción. El Fiscal se ha opuesto a la estimación de los dos motivos.

Hay constancia de que, en efecto, la menor se acogió en la vista al derecho a no declarar contra su padre. Y también que en las anteriores manifestaciones en la causa Consta una primera comparecencia de ella ante el Fiscal y una exploración llevada a cabo por el Juez de Instrucción, únicamente con asistencia de aquel. Asimismo, es cierto que, según denuncia el impugnante, las entrevistas realizadas por el Servicio de Psicología de la Clínica Médico-Forense e incorporadas mediante informe de fecha 15 de septiembre de 2014, carecen de soporte audiovisual y no van acompañadas de las pruebas y tests que se le realizaron. El tribunal sentenciador ha tomado en consideración algunos comentarios que la menor habría realizado en el colegio, atribuyendo a su padre tocamientos. Lo dicho en Fiscalía y ratificado en el Juzgado. También lo manifestado por la psicóloga Sofía en el sentido de que aquella le habría hablado de relaciones de carácter sexual con su padre. Y, asimismo, lo expuesto por las otras dos psicólogas que la examinaron a las que, se dice, habría relatado los abusos. Por otra parte, se ha detenido en el examen de la información relativa a la presencia de los aludidos condilomas en la región perineal de la menor, detectados en 2012 y que, se infiere, la habrían sido contagiados por el padre, ahora acusado, cuando, ya separado de la madre y residente fuera de DIRECCION000 , visitó la isla en 2011, manteniendo un último contacto sexual con aquella; condilomas asimismo padecidos por su madre, con lo que, se dice en la sentencia, serían dos personas relacionadas con el acusado quienes los sufrieron. Y se objeta que las muestras presentadas en juicio por la defensa, a fin de acreditar que este último no experimentó esa afectación se habrían tomado en febrero de 2015, esto es, en fecha muy posterior a los hechos. El examen de la causa pone de manifiesto, en primer término, que la menor fue oída sobre los hechos denunciados por la Fiscal (folio 14), por el Juez de Instrucción (folio 104), y por las psicólogas que la entrevistaron (folio 197 ss.), y resulta que en ninguno de los casos se le advirtió de que le asistía el derecho de acogerse a la dispensa de declarar, del art. 416,1 LECRIM , de donde se sigue que, de conformidad con lo resuelto en las SSTS de n.º 1421/2005, de 30 de noviembre , 385/2007, de 10 de mayo , y 209/2017, de 28 de marzo , y, en particular en la de n.º 1010/2012, de 21 de diciembre , con amplias referencias jurisprudenciales, las manifestaciones de carácter inculpatario vertidas de ese modo están afectadas de nulidad y no debieron ser utilizadas con fines de



prueba. Ocurre que es asimismo cierto lo afirmado por el recurrente en el sentido de que careció de cualquier oportunidad de interrogar, directa o indirectamente, a la menor en todo el curso del procedimiento. Siendo así, habría que estar con él en el sentido de que su derecho de defensa se ha visto restringido en términos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucá c. Italia) considera incompatibles con las garantías del art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos . Ciertamente es que la propia alta instancia (sentencia de 15 de diciembre de 2011, caso Al Khawaja y Tahery c. Reino Unido) ha admitido la posibilidad de que la falta de contradicción fuera contrapesada, si en el caso se hubieran dado medidas aptas para llevar a cabo una correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración de cargo de que se trate, a partir de testimonios prestados fuera del juicio oral, como se expone en la sentencia de esta sala de n.º 686/2016, de 26 de julio . Pero sucede que las declaraciones de la menor en el marco de la investigación, se produjeron en los términos que se ha dicho y son, por tanto, las que tendrían que contar con algún otro aval en garantía de su veracidad; algo aquí, por lo demás, imposible por la tacha de nulidad que las afecta. De otra parte, hay que poner de relieve que los facultativos que examinaron a la menor han operado en la causa en la inadmisibles calidad de testigos de cargo de referencia, al haber aportado a la misma datos potencialmente incriminatorios, cuando resulta que -según sentencias de esta sala, como las de n.º 735/2015 y 470/2016 - las manifestaciones de contenido inculpativo de la posible víctima de acciones como las de esta causa a psicólogos o psiquiatras, en cuanto prestadas sin las necesarias garantías, no pueden convertirse en "una confesión informal" de quien en ese momento y acto "es paciente y no investigado". Por eso, "son absolutamente inutilizables" y no tendrían que haber accedido al cuadro probatorio.

Así resulta que de los actos declarativos de la menor que tuvieron lugar en momentos anteriores al juicio oral no puede seguirse ningún elemento de cargo; como tampoco de este acto, en el que la misma no quiso declarar. De este modo, quedaría lo que pueda resultar de la existencia de los condilomas. Y aquí sucede que los padres de aquella dejaron de convivir en 2009; que la madre resultó afectada por ellos en 2010 (informe médico del folio 368); que también los tuvo (según manifestación de esta (folio 337) la pareja con la que, tras esa ruptura convivió durante seis meses; y que a la menor le fueron detectados en 2012. Ciertamente es que la sala da por cierta la existencia de un contacto sexual entre el ahora impugnante y su hija en una visita del mismo a DIRECCION000 en 2011. Pero sucede que, por lo expuesto, no hay prueba declarativa sobre el efectivo acaecimiento de esa relación. Y tampoco consta acreditado que Alejandro hubiera tenido condilomas: porque no hay acreditación médica al respecto; y porque su ex esposa lo niega (folio 337). De otra parte, ya en fin, hay constancia en la causa (folio 274) de que el mismo manifestó su disposición a someterse a cualquier prueba de biológica apta para determinar si era o había sido portador de algún tipo de enfermedad de transmisión sexual. Y esta es una opción que no fue acogida por el instructor. Así las cosas, y en resumen, hay que estar con el recurrente en el sentido de que no existe prueba de cargo válida que le incrimine y de que, siendo así, han resultado vulnerados tanto su derecho a la presunción de inocencia como a la tutela judicial efectiva. Y los motivos examinados tienen que estimarse.

TERCERO. - Conforme a las previsiones del art. 901 LECRIM , las costas de este recurso de casación se declaran de oficio.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido
1) **Estimar** el recurso interpuesto por **Alejandro** , contra la sentencia dictada el once de julio de dos mil dieciséis, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca , en la causa seguida por un delito continuado de abusos sexuales a una menor. En consecuencia se anula esa resolución que se casa y se sustituye por la que a continuación se dicta. 2) **Declarar** de oficio las costas causadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Luciano Varela Castro Andrés Palomo Del Arco

Perfecto Andrés Ibáñez Juan Saavedra Ruiz

RECURSO CASACION núm.: 1749/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez

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



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Luciano Varela Castro

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 19 de mayo de 2017.

Esta sala ha visto en la causa Rollo de Sala número 68/2015, seguida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dimanante del Procedimiento Ordinario número 3/2013, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000 , por un delito continuado de abuso sexual, contra, Alejandro ; se dictó sentencia condenatoria por la mencionada Audiencia el 11 de julio de 2016 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Alejandro mantuvo una relación sentimental de pareja con Delfina durante cierto número de años, fruto de la cual fueron cuatro hijos. Se separaron en 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos descritos carecen, obviamente, de relevancia penal. Así, Alejandro debe ser absuelto.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **Absolver** a Alejandro , del delito continuado de abusos sexuales a menor de trece años por el que fue condenado en sentencia de 11 de julio de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca Sección Primera, en el Rollo número 68/2015 .

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Luciano Varela Castro Andrés Palomo Del Arco

Perfecto Andrés Ibáñez Juan Saavedra Ruiz