



Roj: **STS 4140/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4140**

Id Cendoj: **28079120012022100878**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/11/2022**

Nº de Recurso: **62/2021**

Nº de Resolución: **886/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ NA 110/2020,**  
**STS 4140/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 886/2022**

Fecha de sentencia: 10/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 62/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomas Yubero Martinez

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 62/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomas Yubero Martinez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 886/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 10 de noviembre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Segundo**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 2 de diciembre de 2020 que desestimó el recurso de apelación formulado por el mismo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Primera, de fecha 22 de julio de 2020, que le condenó por delito de agresión sexual a menor de 16 años, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque y bajo la dirección Letrada de D. Javier Asiain Ayala, y la Acusación Particular Dña. Vicenta, en representación de su hija menor de edad Zaida, representada por el Procurador D. Noel De Dorremochea Guiot y bajo la dirección Letrada de Dña. Silvia Sánchez Soto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona/Iruña instruyó sumario con el nº 1335/2019 contra Segundo, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Primera, que con fecha 22 de julio de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declaran probados los siguientes hechos: El acusado don Segundo, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, es el padre de Zaida, nacida el NUM000 de 2010, siendo la madre de Zaida doña Vicenta, encontrándose divorciados don Segundo y doña Vicenta desde el año 2014. Zaida, tras el divorcio de sus padres, quedó bajo la guardia y custodia de la madre, estableciéndose un régimen de visitas con el padre. Este, después del divorcio, pasó a residir en un piso situado en la CALLE000 de Pamplona y, posteriormente, al entablar una relación con otra persona, pasó a residir en el domicilio de esta, sito en la PLAZA000 de esta ciudad. En fechas sin determinar, pero una vez producido el divorcio referido, teniendo Zaida la edad de 4 ó 5 años, y con ocasión de los periodos correspondientes al régimen de visitas durante los cuales la menor estaba con el acusado, éste, durante las noches, en numerosas ocasiones, desde que la menor tenía la citada edad y hasta que alcanzó la edad de 9 años, se metía en la cama con la menor, le bajaba la camiseta y le chupaba el pecho, le tocaba por diferentes partes de su cuerpo, le abría las piernas, rozaba su miembro viril con la menor y, en algunas ocasiones, le acariciaba la zona genital y anal con los dedos. En una de las citadas ocasiones, en la que la menor se resistió a su padre, preguntándole ¿qué haces?, recibió una bofetada del mismo, advirtiéndole este, en otras ocasiones, que si se resistía a sus referidos actos o contaba algo, mataría a su madre o a la pareja del acusado con la que el mismo residía en la vivienda de la PLAZA000. Como consecuencia de estos hechos, Zaida, hacia el mes de octubre de 2018, comenzó a experimentar cambios en su comportamiento, expresando rechazo a ir con su padre, evolucionando negativamente hasta llegar a mayo de 2019, formulándose la denuncia que dio lugar a este procedimiento y detectándose que la menor padecía sintomatología depresiva, con componentes psicósomáticos, problemas de sueño, enuresis, tristeza, e irritabilidad, sintomatología esta que se fue intensificando y que todavía se mantiene. La menor ha sido tratada psicológicamente en el Servicio de Asistencia a las Víctimas del Delito de Navarra desde el día 1 de octubre de 2019, indicándose por dicho Servicio que en la misma, al iniciar la intervención psicológica, se aprecian "signos corporales de gran tensión emocional... Se objetivan dificultades severas de adaptación en todos los ámbitos (personal, escolar, social y familiar), junto a una clara alteración de su desarrollo psicoafectivo. A nivel personal aflora en la menor un cuadro sintomático caracterizado por presentar significativos niveles de ansiedad... que le generan un malestar psicológico severo; reacciones fisiológicas intensas... junto a alteraciones del sueño... alteraciones cognitivas negativas... (ganas frecuentes de llorar, verbalizaciones de intentos de autolesión, "quiero morirme"); siendo valorado inicialmente por dicho Servicio el cuadro psicopatológico que presenta "como una alteración psicológica severa como respuesta a una experiencia traumática o agente estresante: reacción de estrés agudo... Reactivo a problemas relacionados con el abuso sexual declarado del niño por una persona dentro del grupo de apoyo primario"

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

"Condenamos al acusado don Segundo, como autor criminalmente responsable de un delito continuado de agresión sexual a menor de dieciséis años, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Imponemos al acusado la privación de la patria potestad respecto de la menor Zaida por un plazo de cinco años, así como la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un tiempo de trece años. Asimismo, le imponemos la prohibición de aproximarse a



menos de 500 metros de distancia de la menor Zaida por tiempo de diecisiete años, así como acercarse a menos de la referida distancia, por igual plazo, a su domicilio, a su lugar de estudios y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, y comunicarse con la misma por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, o mantener con la misma contacto escrito, verbal o visual por igual plazo. Igualmente, le imponemos la prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 500 metros a doña Vicenta, durante el plazo de seis años, así como acercarse a menos de la referida distancia, por igual plazo, a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, y comunicarse con la misma por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, o mantener con la misma contacto escrito, verbal o visual por igual plazo. Le imponemos, además, la medida de ocho años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del Código Penal. Condenamos a dicho acusado a indemnizar a la citada Zaida en la cantidad de 30.000 € por los daños morales y perjuicios causados, con el interés establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y al pago de las costas procesales, incluidas las correspondientes a la acusación particular. La presente resolución no es firme y contra ella cabe imponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que deberá formalizarse ante esta Audiencia Provincial dentro de los diez días siguientes a la notificación de la misma".

Contra la anterior sentencia se formuló recurso de apelación por la representación procesal del acusado Segundo ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que con fecha 2 de diciembre de 2020 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"1º.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Asunción Martínez Chueca, en nombre y representación de D. Segundo, contra la sentencia 130/2020, de 22 de julio de 2020, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, dictada en su Procedimiento Sumario Ordinario 581/2019, derivado del Procedimiento Sumario Ordinario número 1335/2019, del Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona, confirmando la misma en todos sus pronunciamientos. 2º.- Se declaran de oficio las costas causadas en el recurso de apelación. 3º.- Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra ella podrán interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que habrán de preparar mediante escrito autorizado por abogado y procurador y presentado ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la sentencia, a tenor de los artículos 855 y 856 de la misma Ley. 4º.- Una vez firme que sea, devuélvase la causa a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra de procedencia, con testimonio de la presente resolución".

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

Primero.- Al amparo de lo establecido en el Art. 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Art. 24.2 de la Constitución Española, por quebrantamiento de forma, por haberse denegado la práctica de una diligencia de prueba, propuesta en tiempo y forma por esta parte.

Segundo.- Al amparo de lo establecido en el Art. 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Art. 24.2 de la C.E., por quebrantamiento de forma, por haberse denegado la práctica de una diligencia de prueba, propuesta en tiempo y forma por esta parte.

Tercero.- Al amparo de lo establecido en el Art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Art. 5.4. de la Ley Orgánica del Poder **Judicial**, por infracción del **derecho** a la presunción de inocencia del Artículo 24.2 de la Constitución Española.

**QUINTO.**- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, al igual que la representación de la Acusación Particular Dña. Vicenta, quien se dio también por instruida y solicitó también su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.**- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 10 de noviembre de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de Segundo , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 2 de diciembre de 2020.

**SEGUNDO.-** 1.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo establecido en el Art. 850 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Art. 24.2 de la Constitución Española, por haberse denegado la práctica de una diligencia de prueba, propuesta en tiempo y forma.

El recurrente denuncia la denegación por parte del Tribunal de la práctica de la prueba testifical de la exploración de la menor, tal y como se había propuesto, es decir, con presencia en el juicio oral de la menor, y no como fue admitida, mediante la reproducción y visionado de la exploración de la menor, realizada como prueba preconstituida.

Hay que recordar, porque es importante apuntarlo, que los hechos declarados probados son los siguientes:

"El acusado don Segundo , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, es el padre de Zaida , nacida el NUM000 de 2010, siendo la madre de Zaida doña Vicenta , encontrándose divorciados don Segundo y doña Vicenta desde el año 2014.

Zaida , tras el divorcio de sus padres, quedó bajo la guardia y custodia de la madre, estableciéndose un régimen de visitas con el padre.

Este, después del divorcio, pasó a residir en un piso situado en la CALLE000 de Pamplona y, posteriormente, al entablar una relación con otra persona, pasó a residir en el domicilio de esta, sito en la PLAZA000 de esta ciudad.

En fechas sin determinar, pero una vez producido el divorcio referido, teniendo Zaida la edad de 4 o 5 años, y con ocasión de los periodos correspondientes al régimen de visitas durante los cuales la menor estaba con el acusado, éste, durante las noches, en numerosas ocasiones, desde que la menor tenía la citada edad y hasta que alcanzó la edad de 9 años, se metía en la cama con la menor, le bajaba la camiseta y le chupaba el pecho, le tocaba por diferentes partes de su cuerpo, le abría las piernas, rozaba su miembro viril con la menor y, en algunas ocasiones, le acariciaba la zona genital y anal con los dedos.

En una de las citadas ocasiones, en la que la menor se resistió a su padre, preguntándole ¿qué haces?, recibió una bofetada del mismo, advirtiéndole este, en otras ocasiones, que si se resistía a sus referidos actos o contaba algo, mataría a su madre o a la pareja del acusado con la que el mismo residía en la vivienda de la PLAZA000 .

Como consecuencia de estos hechos, Zaida , hacia el mes de octubre de 2018, comenzó a experimentar cambios en su comportamiento, expresando rechazo a ir con su padre, evolucionando negativamente hasta llegar a mayo de 2019, formulándose la denuncia que dio lugar a este procedimiento y detectándose que la menor padecía sintomatología depresiva, con componentes psicossomáticos, problemas de sueño, enuresis, tristeza, e irritabilidad, sintomatología esta que se fue intensificando y que todavía se mantiene.

La menor ha sido tratada psicológicamente en el Servicio de Asistencia a las Víctimas del Delito de Navarra desde el día 1 de octubre de 2019, indicándose por dicho Servicio que en la misma, al iniciar la intervención psicológica, se aprecian "signos corporales de gran tensión emocional... Se objetivan dificultades severas de adaptación en todos los ámbitos (personal, escolar, social y familiar), junto a una clara alteración de su desarrollo psicoafectivo. A nivel personal aflora en la menor un cuadro sintomático caracterizado por presentar significativos niveles de ansiedad... que le generan un malestar psicológico severo; reacciones fisiológicas intensas...junto a alteraciones del sueño... alteraciones cognitivas negativas... (ganas frecuentes de llorar, verbalizaciones de intentos de autolesión,"quiero morirme"); siendo valorado inicialmente por dicho Servicio el cuadro psicopatológico que presenta "como una alteración psicológica severa como respuesta a una experiencia traumática o agente estresante: reacción de DIRECCION001 ... Reactivo a problemas relacionados con el abuso sexual declarado del niño por una persona dentro del grupo de apoyo primario".

Nos encontramos en este caso con una menor de edad, y la queja del recurrente se centra en la negativa que la menor que ya había declarado como prueba preconstituida de forma correcta y con respeto a la contradicción vuelva a declarar de forma presencial cuando se había rechazado esta opción de forma razonable. No olvidemos que este tema ha sido ya superado en virtud de la Ley 8/2021 de protección de la infancia que ha fijado en varios preceptos la mecánica a seguir en estos casos y que ya está en vigor para cualquier juicio oral, recogiendo el criterio que ya se había mantenido jurisprudencialmente de que las declaraciones de menores de edad es preferible que se lleven a cabo por prueba preconstituida, lo que ha sido declarado ex lege en virtud de los arts. 449 ter LECRIM que señala que:

Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento **judicial** que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidación, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de **derechos** fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad **judicial** acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios.

El art. 703 bis LECRIM En los supuestos previstos en el artículo 449 ter, la autoridad **judicial** solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad.

Art. 730. 2 LECRIM A instancia de cualquiera de las partes, se podrá reproducir la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción conforme a lo dispuesto en el artículo 449 bis.

Con ello, la clave es que en casos de menores de edad el tribunal podrá razonar que es válida la prueba preconstituida de la declaración del menor y en estos términos reproducirla en el plenario para evitar que los menores de edad tengan que repetir lo expuesto en sede sumarial en prueba preconstituida perfectamente válida con arreglo a **derecho** mediante su "elevación al plenario" mediante la reproducción.

Por ello, no se trata de que la parte tenga un **derecho** a instar que, pese a que exista prueba preconstituida, puede exigir que el menor declare de forma presencial en el plenario. Esto no existía antes de la Ley 8/2021, de protección de la infancia, y mucho menos después de esta norma que categoriza perfectamente que los menores declaran como prueba preconstituida en casos como el que aquí nos ocupa, y no se adivina a entender cuál es el régimen excepcional que propugna el recurrente en virtud del cual era exigible que la menor declarara otra vez en el plenario.

Sobre este tema ya se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 579/2019 de 26 Nov. 2019, Rec. 2104/2018 señalando que:

"Cuando se trata de testigos menores de edad, con mayor razón si aparecen como las víctimas de los hechos denunciados, esta Sala ha admitido que la imposibilidad de acudir al testigo directo está basada en la inconveniencia de someter a aquellos a un nuevo interrogatorio, acreditada por informes periciales adecuados.

En este sentido, en la STS nº 71/2015, de 4 de febrero, se decía que esta Sala "ha estimado (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) que la previsión de "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 ocasionar daños psicológicos a los menores". Y, más adelante, se dice que "Cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse 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".

Con la sentencia de esta Sala 401/2015 de 17 de Junio se fijaron una serie de reglas que concretaron como conclusión que "Cuando se lleve a cabo un uso motivado y fundado del **derecho** de las víctimas a no declarar en el plenario por el Tribunal por haberse conformado la prueba preconstituida y con posterior informe técnico, o razones fundadas y apreciadas motivadamente por el Tribunal, atendido el caso concreto, que aprecie la victimización, esta motivación del Juez o Tribunal, bien en el auto de admisión de pruebas, bien en cualquier otro momento posterior, no se entenderá invadido y afectado el **derecho** de la defensa a interrogar a los menores en el plenario."

Estas reglas, sin embargo, deben atemperarse ahora con las modificaciones introducidas en la LO 8/2021 de protección de la infancia en la normativa que ahora contempla las declaraciones de los menores. Pero a los efectos del momento en el que tuvo lugar el juicio en la regla 12ª de la citada sentencia queda avalada la





opción de que el menor no comparezca al acto del juicio oral y se reproduzca su declaración en sede sumarial como preconstituida, y esto es lo que en este caso ha ocurrido, con independencia de que este sea ya un tema de respuesta sólida y consolidada a favor de que en casos como el aquí analizado los menores no declaren en el juicio oral.

Así, el Tribunal de instancia ya dio debida respuesta este tema en su sentencia en cuestiones previas señalando que:

"Ponderadas las circunstancias del caso concreto, es destacable, muy especialmente, que nos encontramos ante una posible víctima de 10 años de edad en la fecha de celebración del acto del juicio.

Por su parte, obran en autos, de un lado, un informe psicológico aportado por la acusación particular, emitido por el psicólogo que presta asistencia a la menor, señor Patricio, del Servicio de Asistencia a las Víctimas del Delito de Navarra, y, de otro lado, un informe emitido por la psicóloga señora Almudena, del Instituto Navarro de Medicina Legal, los cuales son coincidentes en el sentido de desaconsejar que la misma prestase declaración en juicio, poniendo de manifiesto ambos informes un riesgo de victimización secundaria, indicando específicamente el informe del citado doctor Patricio, que se desaconsejaba la declaración de la menor en el juicio debido a su estado emocional.

Tales informes, atendido su contenido y la corta edad de la menor, nos llevaron a concluir que, con el fin de evitar el referido riesgo de victimización secundaria, resultaba legítimo adoptar medidas de protección en su favor, procediendo rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada en ese acto.

Por ello, apreciado ese riesgo de victimización, y no discutiéndose por la defensa que la prueba preconstituida se hubiese desarrollado correctamente, con respeto del principio de contradicción y del **derecho** de defensa, se consideró que no era procedente acceder a la solicitud de la defensa de disponer la presencia de la menor en el acto del juicio para prestar declaración.

Partiendo de ello, y dado, además, que no consta que se haya producido ninguna novedad con posterioridad a la prueba preconstituida que hiciera necesaria o conveniente una nueva exploración de la menor, sin que nada se alegase por la defensa en tal sentido; ante ello, nada justificaba, en nuestra estimación, rectificar la decisión que en su momento habíamos adoptado sobre el particular, por lo que decidió esta sala mantener aquella decisión."

Con ello, existe una objetivación y justificación de las razones por las que el menor no debía volver a declarar en el plenario al no existir un **derecho** de parte a exigir que el menor vuelva a declarar, lo que, como decimos, no permite que ante la sola petición de la parte el menor deba acudir al juicio. Así, desde la LO 8/2021 de 8 de Junio ya es aplicable el art. 449 ter LECRIMJ antes citado, pero antes de la citada norma cabía el rechazo motivado del tribunal, que es lo que en este caso ha ocurrido por razones objetivables y argumentadas por la desestimación de la prueba propuesta.

El TSJ en este caso también ha desestimado el motivo aquí analizado señalando que no estamos en un caso ante la falta de práctica de una prueba admitida, en concreto la declaración del menor en el acto del juicio, sino que fue propuesto en el escrito de defensa y el órgano enjuiciador por auto señaló que la declaración de la menor se efectuaría por visionado de la prueba preconstituida en base al informe psicológico forense solicitado al efecto y de conformidad con lo instado por el ministerio fiscal de la acusación particular.

Consta en el informe que la repetición de estas experiencias llevaría revivir y experimentar las emociones negativas asociadas lo que tendría efectos negativos en la menor. Añade el TSJ que la prueba preconstituida en la que prestó declaración la menor el 3 de septiembre de 2019 junto con la psicóloga estuvieron presentes el fiscal y la letrada de la defensa y la acusación particular quedando cubierto los requisitos exigidos para la debida contradicción, y además existe certificación de la psicóloga que desaconsejaba la nueva declaración en el acto del juicio y en el mismo se reprodujo de forma íntegra la grabación a visual de la prueba preconstituida. Incide el TSJ que cuando ocurrieron los hechos la menor tenía 4 o 5 años y en el juicio 10; repetir de nuevo la declaración fue informado por profesionales que influiría negativamente en la menor y se desechó esta opción de forma motivada. No hay indefensión alguna.

No existe, por ello, ninguna merma del **derecho** de defensa determinante de indefensión material, ya que esta no se ha producido al quedar garantizada la debida contradicción y existir motivación de la denegación de prueba.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** 2.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo establecido en el Art. 850 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Art. 24.2 de la Constitución Española, por haberse denegado la práctica de una diligencia de prueba, propuesta en tiempo y forma.



El recurrente denuncia la denegación por parte del Tribunal de la práctica de la prueba pericial psiquiátrica, sobre el análisis de credibilidad del testimonio de menor Zaida, propuesta en tiempo y forma, y que no fue practicada en los términos propuestos por causas no imputables a esta parte.

Por un lado, hay que reseñar que la circunstancia de que el tribunal de respuesta en cuestiones previas a estas dos primeras cuestiones no genera indefensión alguna. Además, es la forma de hacerlo por parte del tribunal al estar planteadas como cuestiones que de admitirse podrían dar lugar a la suspensión del juicio.

El objeto de la queja era o bien la suspensión para que fuera citada la menor, o lo mismo para llevar a cabo la práctica de la prueba, o admitirla como señala la parte.

El recurrente plantea que se debió llevar a cabo la prueba pericial psicológica de credibilidad de la menor en base a un nuevo reconocimiento, pero se sostiene que este informe se realizaría, en su caso, con los datos ya obrantes.

Debemos comprobar que la argumentación que dio el tribunal al alegato sobre denegación de prueba fue contundente, a saber:

"En cuanto a la decisión de la sala de que la pericial propuesta por la defensa se efectuase sin nuevo examen personal de la menor por los peritos propuestos por dicha defensa, tal decisión obedece a la misma consideración de evitar ese riesgo de victimización secundaria.

No estimamos razonable disponer que una menor de 10 años, sobre la que se han emitido esos informes de riesgo de victimización secundaria, que ya ha narrado lo que refiere que le sucedió ante diferentes profesionales, tiempo después de haberlo hecho, deba someterse, como sucedería si se accediese a lo pretendido por la defensa, a otro examen psicológico o psiquiátrico por distintos profesionales, que deban hacerla objeto nuevamente de idénticas o semejantes pruebas a aquellas a las que ya había sido sometida anteriormente, viéndose obligada de nuevo a narrar los hechos que afirma que le sucedieron.

Ciertamente, la defensa ostenta **derecho** a solicitar la práctica de pruebas en relación con el contenido y objeto pretendido, pero no puede desconocerse que, al tiempo de acordarse la pericial psicológica practicada en este procedimiento, la defensa estaba personada en las actuaciones y pudo, en su caso, solicitar la intervención de profesionales de su designación en la práctica de esa pericial, lo que hubiese posibilitado la participación de esos profesionales en la prueba sin necesidad de someter a la menor personalmente a nuevas y sucesivas posteriores pruebas.

Por todo ello, reiteramos la improcedencia de la práctica de esa prueba en la forma interesada por la defensa, injustificable, en nuestra consideración, en atención a la necesidad de evitar la victimización secundaria de la menor."

En efecto, no existe un **derecho** de "repetición de prácticas de pruebas", sobre todo de aquellas que en los casos de investigaciones por delitos sexuales a menores puedan provocar una victimización secundaria. Y esto no es un concepto jurídico indeterminado. Es una realidad incuestionable sobre la que ya han tratado los expertos.

La doctrina trata sobre este concepto señalando que la victimización secundaria deriva de las relaciones entre la víctima y las instituciones sociales, y en consecuencia esta victimización no sólo ocurre como consecuencia directa de la actuación criminal, sino a través de la respuesta de instituciones e individuos en la atención que se le brinda a éstas. Comprende la negación de los **derechos** de víctimas, especialmente por condiciones de género, cultura involucrando la negación del reconocimiento de la experiencia particular frente al hecho delictivo.

Añade la mejor doctrina que el menor, en un entorno de adultos, como es el proceso penal, es un elemento vulnerable y necesitado de una especial protección que conlleva que se intente proporcionarle un lugar lo más favorable posible. La implementación de medidas de protección extraprocerales en un entorno judicializado, favorece el desarrollo intelectual y afectivo del menor que, de no aplicarse, podría ocasionar su victimización secundaria. Por ello, en cada fase procesal y, atendiendo a las particularidades personales de la víctima, sus circunstancias familiares y sociales, habrá que decidir sobre el modo en que han de llevarse a cabo las diligencias en las que se encuentre implicado el menor. Los menores no pueden ser discriminados por razón de su minoría de edad ( art. 14 CE) sino que necesitan una mayor protección y, en cuanto que personas, tiene reconocidos sus **derechos** y además gozan de una especial protección a la altura de los estándares internacionales ( art. 39.4 CE).

En este caso había informes psicológicos que desaconsejaban nuevas repeticiones de diligencias ya practicadas sobre el menor, y esta pericial que se propuso ya se había llevado a cabo, por lo que no se trata de que se vulnere la **tutela judicial efectiva** con la respuesta dada a la forma de llevarse a cabo con el material existente, sino que esta prueba ya se había llevado a cabo.



La práctica de la prueba pericial psiquiátrica, en los términos que fue planteada, ni era necesaria, dado que ya existían pruebas psicológicas de credibilidad de la víctima menor, ni pertinente, pues ello hubiera supuesto una victimización secundaria de la menor, con las consecuencias psicológicas que se determinan en la sentencia de instancia.

Denegó esta medida el TSJ en su sentencia en el FD nº 2 señalando que "la decisión del Tribunal de instancia, al admitir la prueba pericial en los términos expuestos en el Auto de admisión aparecía motivada en el informe psicológico forense de la menor, en el que se señala: "que la repetición del relato de las conductas abusivas sexuales, fuerza a la menor Zaida a tener que revivir y reexperimentar las emociones negativas asociadas, y esto dificulta la resolución no traumática de dicha experiencia. Además, el tener que repetir su declaración ante otros profesionales desconocidos supone de por sí una fuente de estrés. Todo ello supone una victimización secundaria con efectos negativos en la estabilidad psíquica de la menor".

En cuestiones de denegación de prueba no estamos ante un caso de "seguridad" de lo que hubiera ocurrido si se hubiera admitido la prueba, sino de oportunidad de ejercicio del **derecho** de defensa por la "pérdida de oportunidad" en materia probática de haber podido aportar prueba decisiva en términos de defensa o acusación particular. La parte no debe hacer girar su queja sobre la seguridad del cambio de la sentencia con esa prueba denegada, sino con la pérdida de la oportunidad de haber podido aportar una prueba que para ella era relevante y no pudo tener su reflejo en la sentencia.

Así, debe la parte:

- 1.- Analizar la sentencia y sus argumentos.
- 2.- Fijar qué prueba fue denegada.
- 3.- Incidir en lo que se privó y hubiera podido cambiar el tenor de la sentencia por lo que la prueba hubiera podido aportar.
- 4.- Si no se me hubiera privado indebidamente "posiblemente" la sentencia podría haber valorado la prueba de forma diferente.
- 5.- La inadmisión fue "trascendente" para la sentencia que se dictó.

Pero hay que incidir respecto al alegato de prueba denegada que el TEDH ha recogido como gran precedente (key case o affaire phare) la Sentencia del Tribunal Europeo de **Derechos** Humanos (Gran Sala) Murtazaliyeva c. Rusia, asunto 36658/05, de 18 de diciembre de 2018.

Se recuerda en esta sentencia del TEDH que se obliga al Tribunal que conoce del recurso a hacer una valoración de la prueba que se propuso y que resultó denegada, teniendo en cuenta el conjunto del acervo probatorio que se practicó y que fue tenido en cuenta para el dictado de la sentencia.

Implica, para el órgano ad quem, un análisis de las consecuencias que la denegación de la prueba ha tenido para el conjunto del proceso.

Solo en el caso de que la prueba hubiera sido trascendente para modificar el fallo de la Sentencia podrá entenderse que se ha vulnerado el **derecho** a un proceso equitativo, por indefensión del recurrente.

El TS se ha pronunciado sobre esta doctrina en SSTS 614/2021, de 8 de julio (FJ 1); 671/2021, de 9 de septiembre (FJ 1); 677/2021, de 9 de septiembre (FJ 1); 821/2020, de 27 de octubre de 2021 (FJ 6); y 927/2021, de 25 de noviembre (FJ 1).

Señala sobre este tema el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 614/2021 de 8 Jul. 2021, Rec. 3666/2019 que:

"Déficit informativo y argumental que tampoco se compensa mediante la formulación del motivo casacional. En efecto, si bien para el juicio casacional sobre la decisión de inadmisión adoptada por el tribunal de instancia no puede exigirse que la parte agraviada acredite la absoluta indispensabilidad del medio de prueba no practicado para provocar un fallo de contenido diferente al alcanzado por el tribunal de instancia pues la prueba de este extremo se situaría en el límite de lo imposible y desbordaría lo exigido por el Tribunal Europeo de **Derechos** Humanos -vid. STS 710/2020, de 18 de diciembre- sí debe justificar razonablemente que concurre una seria necesidad defensiva -vid. STS 633/2020, con cita de la STS 21 de mayo de 2004, "(...) por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión". Juicio de necesidad al que no pueden ser ajenos los términos de la acusación formulada y el correlativo y potencial contenido defensivo que se intentaría hacer valer mediante el medio de prueba inadmitido o no practicado -vid. al respecto, la más reciente STC 107/2021-.





Criterios a tener en cuenta y que deberán ser analizados por el tribunal de casación a la hora de aplicar el estándar de prueba Murtazaliyeva

Con ello, a raíz de la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 614/2021 de 8 Jul. 2021 que por primera vez se remitió a la Sentencia del Tribunal Europeo de **Derechos** Humanos (Gran Sala) Murtazaliyeva c. Rusia, asunto 36658/05, de 18 de diciembre de 2018 (estándar Murtazaliyeva) deberán observarse los siguientes extremos articulados bajo el decálogo que exponemos, a saber:

- 1.- El recurrente que alegue ex art. 850.1 LECRIM la indebida denegación de prueba debe expresar razones suficientemente convincentes para identificar que de la no práctica de los medios de prueba en su día admitidos, o inadmitidos, se ha derivado una lesión mínimamente significativa de sus razonables expectativas de defensa.
- 2.- Es preciso realizar una comparativa del medio de propuesto y no admitido, o admitido y no practicado y el resto de prueba tenido en cuenta por el tribunal para llevar a cabo una valoración conjunta de la prueba con la no admitida, o no practicada.
- 3.- Es en ese juego comparativo donde se debe analizar con ese estándar de prueba si la no admitida pudiera ser relevante en atención a lo que se quería probar, y la eficacia e idoneidad para poder cambiar el sentido de la convicción del juez o tribunal.
- 4.- Se exige un análisis de las consecuencias que la denegación de la prueba ha tenido para el conjunto del proceso.
- 5.- Solo en el caso de que la prueba hubiera sido trascendente para modificar el fallo de la Sentencia podrá entenderse que se ha vulnerado el **derecho** a un proceso equitativo, por indefensión del recurrente.
- 6.- El recurrente debe analizar si su alegato de prueba de haberse admitido hubiera comportado un reforzamiento de la posición de la defensa, en los términos a los que se refiere el TEDH en la sentencia Murtazaliyeva.
- 7.- Debe analizarse la denominada "trascendencia de la inadmisión" respecto a la prueba no admitida, o admitida y no practicada, pero analizada con el conjunto de la prueba practicada y tenida en cuenta por el juez o tribunal, en atención a lo que podríamos denominar la capacidad modificativa de la prueba propuesta por el recurrente respecto al criterio seguido por el tribunal.
- 8.- El examen en sede casacional no es por la prueba en sí misma considerada no admitida, sino desde el punto de vista comparativo con el conjunto de la prueba.
- 9.- La clave estaría en la incidencia de esa prueba y la capacidad para alterar la sentencia en alguno de sus aspectos, incluso en alguna circunstancia modificativa de responsabilidad.
- 10.- El recurrente debe concentrar su esfuerzo expositivo en su motivo casacional en el juego conjunto de la prueba y la influencia en ella hubiera tenido la prueba que se le denegó.

Pues bien, en este caso concreto el tribunal de instancia y el TSJ han motivado debidamente la denegación de este medio propuesto sobre el que ya hemos señalado que las periciales de credibilidad deben observarse, además, con las cautelas necesarias primando por encima de todo la valoración del tribunal sobre su propia percepción acerca de lo que declara la víctima. En todo caso, en este supuesto la pericial propuesta suponía una reiteración de lo ya llevado a cabo y los informes existentes descartaban la reiteración de diligencias que podrían perjudicar al menor.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** 3.- Al amparo de lo establecido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Art. 5.4. de la Ley Orgánica del Poder **Judicial**, por infracción del **derecho** a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española.

El recurrente, en síntesis, alega la ausencia de prueba de cargo para acreditar los hechos declarados probados en la sentencia, dado que se ha valorado el testimonio de la menor, sin respetar los criterios exigidos para que dicho testimonio enerve la presunción de inocencia. Entendiendo, que el testimonio de la menor carece del requisito de la persistencia en la incriminación, y de credibilidad objetiva, por falta de corroboraciones externas.

Hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.



Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de **Derechos** Civiles y Políticos, que reconoce el **derecho** de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad, suficiencia y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

En este caso el TSJ ya ha analizado la prueba que el tribunal de instancia ha expresado en la sentencia.

Suele plantearse con frecuencia en sede de recurso de casación la presunción de inocencia cuestionando de nuevo ante el Tribunal Supremo que lleve a efecto una nueva revisión de la valoración probatoria que ya ha tenido efecto ante el TSJ en virtud del recurso de apelación.

Pero el planteamiento de la presunción de inocencia en casación no puede consistir en volver a plantear que se opte en la sentencia de casación ante el recurso deducido por la forma en que debió valorarse la prueba por el tribunal de instancia, cuando ya eso si ha sido misión del TSJ en virtud del recurso de apelación.

Cierto y verdad que es posible el análisis de la suficiencia en cuanto a la constancia de la prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, pero ello no lleva a un nuevo proceso valorativo por el Tribunal Supremo, sino al análisis de la racionalidad de la valoración probatoria reflejada por el TSJ en su sentencia de apelación.

Llevar a efecto una nueva revisión de la valoración probatoria supone hurtar la virtualidad de la casación cuando ya habido una previa sentencia de apelación por el TSJ, en virtud de la reforma procesal que estructura la interposición de un recurso de apelación entre la sentencia de instancia y el recurso de casación.

El enfoque que debe darse al planteamiento de la presunción de inocencia por la vía de los artículos 852 de la ley de enjuiciamiento Criminal y del artículo 24 de la Constitución solo puede llevarse a cabo bajo el marco de cómo ha resuelto el TSJ su análisis de la racionalidad de la valoración probatoria y qué respuesta ha dado al planteamiento que se hizo en el recurso de apelación con respecto a la valoración de la prueba, así como si,



efectivamente, había suficiente prueba de cargo para dictar sentencia condenatoria, o la de descargo tendría virtualidad relevante para contrarrestar la prueba de cargo mantenida y sostenida por la acusación.

Es de esta manera como debe realizarse el enfoque de la casación por la vía de la presunción de inocencia y no postulando una repetición de cuál ha sido la prueba de descargo que se propuso y practicó ante el tribunal de instancia. Con ello, la repetición mimética de cuál fue la prueba de descargo y la negativa a aceptar el valor dado a la de cargo, que ya se expuso ante el TSJ, no pueden servir de cauce para enfocar la forma de plantear la presunción de inocencia en sede casacional.

De esta manera, el motivo planteado por la vía de la presunción de inocencia en el recurso de casación tienen enfoque directo con respecto a cómo resolvió el TSJ ese mismo motivo en el recurso de apelación, y es ante esa respuesta sobre la que se debe verificar el motivo de la presunción de inocencia, y no mediante un regreso a la valoración de la prueba en el tribunal de instancia, que debe dejarse aparte para introducirse en ese análisis de la racionalidad de la valoración probatoria que efectuó el TSJ en la sentencia. Y es desde ese punto de partida donde se enraíza el planteamiento del motivo de casación ante el Tribunal Supremo, porque la perspectiva del regreso a la valoración llevada cabo por el tribunal de instancia supone desoír el nuevo enfoque de la casación respecto de la presunción de inocencia tras la existencia un recurso de apelación.

Así, el enfoque en este caso es el siguiente:

Uno.- Valoración de la prueba por el tribunal de instancia de la practicada en el juicio oral.

Dos.- Análisis de la valoración probatoria por el TSJ en virtud del recurso de apelación respecto a la valorada por el tribunal de instancia.

Tres.- Análisis de la racionalidad de la valoración probatoria efectuada por el TSJ en virtud del recurso de apelación.

Pero no puede llevarse a cabo una nueva revisión de lo que ya ha valorado el tribunal de instancia y ha revisado el TSJ. La casación no es una tercera opción revisora de la prueba valorada, sino el análisis del proceso de racionalidad llevado a cabo por el TSJH, de ahí que no puede suponer el motivo el alegato de cómo se debió haber valorado la prueba a tenor del recurrente.

Respecto al alegato de insuficiencia de la declaración de la víctima hay que tener en cuenta que es válido que se haya llevado a cabo mediante la reproducción de la declaración llevada a cabo como prueba preconstituida como se ha expuesto.

El Tribunal de instancia lleva a cabo en el FD nº 2 de la sentencia un análisis de la valoración de la declaración de la víctima como prueba.

1.- Se descarta el móvil espurio acerca de la versión de la menor:

"No sólo la menor, sino el propio acusado y varios de los testigos que declararon en el acto del juicio, como la propia madre de la menor y la testigo señora Fidela , que era pareja del acusado entre abril de 2014 y abril de 2019, señalaron que era buena la relación entre la menor y el acusado, calificando este, incluso, como óptima la relación hasta la época de la denuncia inicial.

Por tanto, carecemos de cualquier base para poder considerar, siquiera como posible, que pudiera concurrir algún móvil de resentimiento, odio, venganza o similar por parte de la menor como fundamento de una posible falsa imputación, siendo rechazable en este caso cualquier móvil espurio;"

2.- El Tribunal descarta que la menor pudiese actuar inducida por su madre, estando en convivencia o no esta con la señora Fidela , tras cesar esta última en su relación de pareja con el acusado.

3.- Existe objetivación acerca de la afectación de los hechos a la menor.

Señala el tribunal que "no pudiendo ignorar a este respecto que quedó acreditado que la misma, incluso, en relación con los hechos que nos ocupan, se encuentra en tratamiento psicológico en el Instituto de Psicología Jurídica y Forense, donde se ha apreciado que presenta sintomatología que "parece incluirse dentro de un trastorno ansioso-depresivo de intensidad moderada", según informe de dicho centro, habiendo referido en el acto del juicio la psicóloga señora Lina que la trata, que ha mantenido 14 sesiones con dicha señora, consecuencias apreciadas en la señora Vicenta que no parece que se hubiese producido si nos hallásemos ante un plan para imputar falsamente un hecho.

No puede, por su parte, dejar de señalarse, que si realmente, como señaló el acusado, su relación con la menor era óptima, parece más complicado lograr la colaboración de la niña para la formulación de una falsa imputación."

4.- La menor no fabula respecto de lo que cuenta que le ocurrió con el recurrente.

"No puede dejar de señalarse que no consta en autos dato alguno indicativo de que la menor presentase rasgos expresivos de una inclinación a la fabulación, lo que no se concluye de la pericial psicológica practicada por las psicólogas Forenses adscritas al Instituto Navarro de Medicina Legal y ningún testigo ni perito reflejó tales rasgos como característica de la menor.

Cabe matizar que, habiendo prestado declaración como testigos la orientadora del colegio en el que estudiaba la menor en la época previa a la fecha de la denuncia, señora Miriam , y la tutora de la menor, señora Palmira , así como las pediatras que la trataban, doctoras Petra y Valle , ninguna de ellas expresó características o rasgos de la menor indicativos de tendencia a la fabulación u otros que permitan poner en duda la credibilidad de sus manifestaciones."

5.- La pericial psicológica practicada.

"Valora su testimonio "como Altamente Creíble", lo que constituye un dato a valorar favorable a la veracidad del testimonio. Concreta el informe psicológico citado del Instituto Navarro de Medicina Legal, que "el relato de la menor cumple con los siguientes Criterios de Credibilidad del contenido del testimonio: Estructura lógica: lo relatado por Zaida tiene un sentido lógico, coherencia interna y también un sentido global.-Elaboración no estructurada: aunque trata de estructurar su relato, la menor va relatando conforme su recuerdo, por fragmentos, formando un todo coherente. -Incardinación contextual: lo sitúa en las noches que pasaba con su padre, como una rutina continuada.-Reproducción de conversaciones: "me decía "que ya se que quieres dormir conmigo, venga duerme conmigo".-Detalles inusuales: "hacía lo que hacía mi perro con mi perra", "Y me lo hacía hasta que me diesen calambres".

En relación a los Criterios de Validez: Características psicológicas: - Zaida manifiesta unas adecuadas capacidades cognitivas, con un alto nivel de comprensión. Utiliza un lenguaje y unos conocimientos propios de su edad. -Durante el relato la menor muestra una conexión y expresión emocional apropiada al relato que va realizando. -No muestra susceptibilidad a la sugestión, responde desde su experiencia. Características de la entrevista: o Se recoge un relato libre y luego se realizan preguntas no sugestivas ni coercitivas, estableciendo una adecuación global de la entrevista.

Motivación para informar en falso:

No se aprecia motivación para declarar en falso. La motivación parte del malestar psicológico de la menor, que le lleva a relatar lo que va viviendo, con la finalidad de obtener ayuda. -Se considera adecuado el contexto de la revelación a su edad y forma de relación con su madre, llegando un momento en que su malestar supera a su miedo y comienza poco a poco a transmitirle a su madre lo que ha ido viviendo. -No se observan presiones para informar..."

Señalaron que la valoración de su testimonio como "Altamente Creíble", se basó en el conjunto del examen realizado, que incluye los resultados de la pruebas realizadas, las entrevistas mantenidas, la sintomatología, los informes médicos y psicológicos de la menor..."

6.- Actitud de la menor por los hechos ocurridos.

"Manifestó la madre de la menor, señora Vicenta , que, incluso antes del mes de octubre de 2018, ya apreció en su hija una actitud de contundente rechazo hacia su padre, no queriendo realizar las visitas con el mismo, indicando que, como la menor se encontraba en una situación de profunda tristeza, con insomnio, terrores nocturnos, etc., ello determinó que la llevare a ser examinada por la pediatra.

Y sobre esta situación de la menor en aquella época, existen datos objetivos que la confirman.

Así, consta en autos informe de la pediatra doctora Petra , que señala que el día 18 de octubre de 2018 examinó a Zaida , apreciando en ella una profunda tristeza, señalando dicha doctora en el acto del juicio que la menor "lloró de tal manera" que le llamó mucho la atención su estado y reacción, refiriendo tanto dicha doctora, como la también pediatra doctora Valle , que la atendió en otras varias ocasiones posteriores, que la misma se encontraba nerviosa, le costaba dormir, no quería ir a casa de su padre, y refería que el mismo a veces le gritaba y le decía que su mamá era mala.

Quedó, por su parte, acreditado, que la menor, como consecuencia de la inquietud expresada por su madre al colegio en el que cursaba sus estudios, fue derivada al Departamento de Orientación de dicho centro con fecha 20 de mayo de 2019, comenzándose un proceso de acompañamiento de la menor en el centro, indicando el informe emitido por dicho centro con fecha 9 de octubre de 2019, obrante a los folios 91 y 92, ratificado en el acto del juicio por la orientadora señora Miriam , que Zaida expresaba que "no quiere ir con su padre.."

7.- Informe de psicólogo que la atendió.



"Consta en autos Informe de fecha 30 de diciembre de 2019, elaborado por el psicólogo doctor Patricio , del Servicio de Asistencia a las Víctimas del Delito de Navarra, en el que se señala que la menor viene siendo asistida en ese servicio desde el día 1 de octubre de 2019, indicándose que, al iniciar la intervención psicológica con la menor, se aprecian en ella "signos corporales de gran tensión emocional... Se objetivan dificultades severas de adaptación en todos los ámbitos (personal, escolar, social y familiar), junto a una clara alteración de su desarrollo psicoafectivo. A nivel personal aflora en la menor un cuadro sintomático caracterizado por presentar significativos niveles de ansiedad... que le generan un malestar psicológico severo; reacciones fisiológicas intensas... junto a alteraciones del sueño... alteraciones cognitivas negativas... (ganas frecuentes de llorar, verbalizaciones de intentos de autolesión, "quiero morirme"); todo ello en un contexto de un cierto embotamiento afectivo... acusados sentimientos de inseguridad y vulnerabilidad... ciertos rasgos previos de personalidad de la menor... están favoreciendo sintomatología de tipo obsesivo... han aflorado también desajustes emocionales... que están repercutiendo de forma desfavorable en su rendimiento escolar..."

8.- La víctima es creíble en su declaración al narrar lo ocurrido con detalle y que consta en los hechos probados.

"Apreciamos verosimilitud en el testimonio de la menor, no hallando motivo alguno para apreciar la posibilidad de que pudiese haberse inventado los hechos que narró, teniendo buena relación previa con el acusado, no obteniendo beneficio alguno de una posible falsa imputación, y apreciando coherencia en la versión mantenida por la misma, siendo clara su versión, ofreciendo detalles que revelan espontaneidad, como las referencias de la menor a que el acusado le hacía "lo que hacía mi perro con mi perra" o a que por la mañana, tras los hechos, quedaba en la sábana una "pasta blanca", lo que es acorde con la credibilidad de su testimonio y estando corroborado el mismo por los datos periféricos citados que la avalan."

9.- Señala el Tribunal que "No obsta a la apreciada verosimilitud, el contenido del informe emitido a instancia de la defensa por los psiquiatras señores Jeronimo y Leopoldo ".

Con ello, el tribunal de instancia elabora un excelente esfuerzo de motivación, como ya expusimos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 68/2020 de 24 Feb. 2020, Rec. 10588/2019 en este tipo de casos. Y expone, además, de la convicción acerca de que la menor dice la verdad la abundante prueba que corrobora de forma periférica y objetiva la declaración de la menor. De esta manera se ha llevado a cabo un evidente esfuerzo de motivación exponiendo el análisis de la pericial de la defensa con detalle.

El TSJ, ante el motivo ante el mismo expuesto, analiza la racionalidad de la valoración probatoria y valida los elementos de prueba antes expuestos, considerando suficiente la prueba expuesta y tenida en cuenta para la condena.

De esta manera, en lo que afecta a este motivo el TSJ en su FD nº 4 analiza esta racionalidad de lo expresado con detalle por el tribunal de instancia y lo valida. Analiza la declaración de la víctima y los presupuestos exigidos por esta Sala.

El TSJ analiza con detalle cómo se lleva a efecto la declaración de la víctima como prueba preconstituida, así como la declaración de la madre y en el FD nº 5 analiza la corroboración de los informes periciales y técnicos obrantes en las actuaciones y que fueron ratificados en el juicio, como el informe realizado por las psicólogas forenses y las conclusiones de veracidad en la declaración de la menor. Hace referencia también al informe de la pediatra que atendió el servicio de urgencias donde se relata el rechazo de la niña hacia su padre y el informe que emite el colegio DIRECCION000 en el que la niña ha cursado sus estudios y la situación de la menor en el colegio y el estado en que la misma se encontraba.

También señala la declaración que prestaron la orientadora del colegio y la tutora de la menor en el centro escolar confirmando lo expuesto en el acto del juicio oral por testigos y peritos. También hace referencia al informe y declaración del psicólogo respecto a la alteración psicológica severa como respuesta a una experiencia traumática de la menor.

Refiere también al TSJ el informe del servicio social de Justicia emitido por la psicóloga que fue ratificado en el juicio, así como las conclusiones y apreciaciones del informe pericial emitido por los psiquiatras a propuesta de la defensa. Llega el TSJ en el FD nº 6 de que no se alberga ninguna duda de la realidad de los hechos denunciados y que existe declaración de la víctima con los informes concurrentes que van en la misma dirección, a salvo de la pericial psiquiátrica de la defensa que no desvirtúa la concurrencia de la suficiente prueba de cargo existente para la condena. Por ello, concluye el TSJ que el tribunal de instancia valora las pruebas aportadas con criterios de lógica, ciencia, experiencia exigibles y la convicción condenatoria alcanzada no es absurda o arbitraria, ya que está basada en prueba de cargo suficiente para la condena.

Vemos, con ello, que la alegada insuficiencia de prueba de cargo para la condena se desvanece ante el análisis llevado a cabo por el tribunal de instancia concurriendo valoración de la declaración de la víctima y





su corroboración periférica, así como la validación explicativa del TSJ. No se altera el resultado ofrecido por la queja del recurrente acerca de la prueba valorada o el método utilizado en el informe de credibilidad del testimonio. No puede admitirse que la queja lo sea valorativa de nuevo cuando ya hay sentencia del TSJ que refleja con suficiencia el análisis de racionalidad.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente ( art. 901 LECrim).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación del acusado **Segundo** , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 2 de diciembre de 2020 que desestimó el recurso de apelación formulado por el mismo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Primera, de fecha 22 de julio de 2020, que le condenó por delito de agresión sexual a menor de 16 años. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Vicente Magro Servet Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García