



Roj: **STS 4466/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4466**

Id Cendoj: **28079120012022100917**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2022**

Nº de Recurso: **5919/2020**

Nº de Resolución: **906/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12762/2020,**  
**STS 4466/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 906/2022**

Fecha de sentencia: 17/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5919/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala Civil y Penal

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

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5919/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 906/2022**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 17 de noviembre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 5919/2020, interpuesto por **D. Abilio** representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Aránzazu Pequeño Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. Benjamín José Durán López contra la sentencia número 306/2020 de fecha 29 de octubre de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 123/2020 de fecha 31 de marzo de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta, en el Procedimiento Sumario Ordinario 95/2019, procedente del Juzgado de Instrucción num. 5 de Fuenlabrada.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Fuenlabrada incoó Sumario núm. 1448/2017 por un delito de agresión sexual, contra Abilio ; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección cuarta, (Sumario Ordinario núm. 95/2019 ) dictó Sentencia en fecha 31 de marzo de 2020 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- Se declara probado que en una fecha que no se ha concretado del año 2007, cuando la menor doña Paloma contaba con siete años de edad, el acusado don Abilio , encontrándose con la menor en el domicilio que compartía con los padres y otros familiares de la menor, aprovechando un momento en el que se encontraba a solas con la niña mientras el resto de los moradores dormían, la cogió, la sentó en sus rodillas y la besó en la boca, introduciendo con su lengua en la boca de la niña.

SEGUNDO.- Por el contrario, *no se han probado* el resto de los hechos en que se basa la acusación:

(a) Que en esa misma ocasión el acusado procediese a sacar su pene del pantalón intentando introducirlo en la boca de la menor, sin conseguirlo por la resistencia que esta ofreció.

(b) Que dos años antes, en una fecha que no se ha concretado del año 2005, cuando la menor contaba con cinco años de edad, el acusado, en presencia del hermano de la menor, dos años mayor que ella, la forzara, tumbándola en la cama, bajándole los pantalones e intentando introducir su pene en la vagina de la niña.

(c) Que en una fecha no determinada del año 2008, cuando la menor contaba con ocho años de edad, el acusado se introdujese en la habitación de la menor mientras dormía, despertándose sobresaltada al sentir una nalgada, o que en esa misma fecha, con la intención de yacer con ella, se introdujese en su habitación y le bajase los pantalones.

(d) Que a los pocos meses, hallándose la menor sola en su habitación, el acusado la acosase, obligándola a esconderse bajo la cama, de donde no se negó salir a pesar de los requerimientos del acusado, cogiéndola y propinándole golpes que le causaron magulladuras en el cuerpo."

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

"En atención a todo lo expuesto este Tribunal **HA DECIDIDO**:

Condenar al acusado **DON Abilio** como autor de contra la indemnidad sexual tipificado en el art. 181.1, 2 y 4 del Código Penal, en vigor al tiempo de los hechos, a la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y la prohibición de aproximarse a la perjudicada, a su domicilio y lugar de trabajo o a cualquier otro en que se encuentre a una distancia inferior a quinientos metros y comunicar con ella por un tiempo de siete años.

El condenado indemnizará a la perjudicada doña Paloma con la suma de diez mil euros y se hará cargo de las costas causadas por este juicio incluidas las de la acusación particular."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Abilio ; dictándose sentencia núm. 306/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 29 de octubre de 2020, en el Rollo de Apelación 290/2020, cuyo Fallo es el siguiente:

" **DESESTIMAMOS el recurso de apelación** interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Arantxa Pequeño Rodríguez en nombre del condenado Abilio .



**CONFIRMAMOS la sentencia núm. 123/20, dictada en 31 de marzo de 2020 por la Sección 4a de la Audiencia Provincial de Madrid .**

**DECLARAMOS LAS COSTAS DE OFICIO.**

Notifíquese a las partes y, una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Sala de procedencia, con testimonio de la presente sentencia, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Particípese, en su caso, la interposición de recurso."

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representación procesal de D. Abilio 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.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación:**

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del artículo 5,4 de la LOPJ, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra CE en su artículo 24, número 2, en relación con el artículo 53, número 1, del propio Texto Constitucional.

Motivo segundo.- Por infracción de ley. Al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente los arts. 181.1.2 y 4 del C.P.

Motivo tercero.- Por infracción de ley. Al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim, en su número segundo, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente los artículos 181.1. 2 del C.P.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley. Indebida aplicación de los artículos 113 y 115 del CP.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de todos los motivos, y subsidiariamente su desestimación. La sala admitió el recurso quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 15 de noviembre de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

1. El motivo denuncia infracción del derecho a la presunción de inocencia. Al parecer del recurrente, la prueba producida en modo alguno permite considerar acreditado fuera de toda duda razonable que realizara sobre la Sra. Paloma el acto sexualmente abusivo que se describe en los hechos de la sentencia recurrida. Para el recurrente, el análisis del cuadro probatorio que realiza el tribunal es fragmentario y orilla, además, datos de prueba que comprometen la atendibilidad del testimonio de la afirmada víctima. No se toman en cuenta sus graves inconsistencias ni la ausencia de detalles en el relato de su hermano, al que se otorga un particular valor corroborativo, sobre el supuesto beso que presenció. Por otro lado, se prescinde de todo análisis de las informaciones aportadas por cuatro testigos que cuestionan seriamente que el hoy recurrente pudiera haber estado a solas con la menor en una casa pequeña habitada por quince personas. Además, se deja de valorar, tal como reconoció el Sr. Eutimio , padre de Paloma , el marco de grave conflicto con el hoy recurrente a consecuencia de una deuda dineraria.

2. Al hilo del motivo, debe recordarse que el derecho a la presunción de inocencia goza, entre otras, de una específica y relevante garantía institucional de naturaleza constitucional, como lo es, que la persona condenada en la instancia pueda acudir a un tribunal superior pretendiendo la revisión de la decisión. Por ello, sin perjuicio de la naturaleza extraordinaria de este recurso de casación, el deber constitucional de protección de la presunción de inocencia nos impone diferentes planos de intervención que van desde la verificación de la validez constitucional y legal de las pruebas practicadas; la consistencia de las informaciones aportadas para considerar suficientemente acreditados más allá de toda duda razonable los hechos sobre los que se funda la declaración de existencia del delito y de participación del recurrente; hasta la propia evaluación del proceso valorativo del tribunal de instancia. Determinando, por un lado, si las razones por las que se atribuye valor a las informaciones probatorias responden a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico -vid. SSTS 227/2007, 617/2013, 310/2019-. Y, por otro, si el método valorativo empleado se ajusta a las exigencias constitucionales de completitud y de expresa identificación en la sentencia de los criterios de atribución de valor con relación, primero, a cada uno de los medios de



prueba practicados y, segundo, al cuadro probatorio observado en su conjunto, tal como exige el Tribunal Constitucional -vid. SSTC 5/2000, 202/2000, 340/2006, 105/2016- y esta propia Sala -vid. entre muchas, SSTS 808/2021, de 21 de octubre, 422/2022, de 28 de abril-. Un defecto grave en el método valorativo empleado puede comportar una también grave afectación del derecho a la presunción de inocencia -vid. STC 105/2016-.

**3.** Por otro lado, cabe también destacar que cuando de lo que se trata es de declarar acreditada de manera suficiente la hipótesis acusatoria, el canon de suficiencia probatoria debe ser, en virtud del principio de presunción de inocencia, particularmente exigente. Los resultados probatorios deben permitir justificar que dicha hipótesis no solo se corresponde a lo acontecido sino también que las otras hipótesis alternativas en liza carecen de una mínima probabilidad atendible de producción.

Como consecuencia, y de contrario, surge la obligación de declarar no acreditada la hipótesis acusatoria cuando la prueba practicada arroja un resultado abierto. Lo que se dará cuando la hipótesis defensiva singular o la hipótesis presuntiva general de no participación que garantiza, de partida, el principio de presunción de inocencia, como regla de juicio, aparezcan, desde criterios racionales de valoración, también como probables, aun cuando lo sean en un grado menor que la tesis acusatoria.

Insistimos, el problema se centra en el diálogo entre dos hipótesis, una acusatoria y otra defensiva, pero que no parten, ni mucho menos, de las mismas exigencias de acreditación. La primera, reclama un fundamento probatorio que arroje resultados que en términos fenomenológicos resulten altísimamente concluyentes. La segunda hipótesis, la defensiva, no.

Este doble estándar responde a las diferentes funciones que cumplen. La primera, la acusatoria, está llamada a servir de fundamento a la condena y, con ella, a la privación de libertad o de derechos de una persona. Por tanto, está sometida al principio constitucional de la presunción de inocencia como regla epistémica de juicio, por lo que debe quedar acreditada más allá de toda duda razonable.

La función de la segunda, la hipótesis defensiva, es muy diferente: es la de debilitar, en su caso, la conclusividad de la primera. No, de forma necesaria, excluirla.

La presunción de inocencia no exige, sin riesgo de desnaturalizar su ontológica dimensión político-constitucional como garantía de la libertad de los ciudadanos y límite al poder de castigar del Estado, que la hipótesis alternativa defensiva se acredite también más allá de toda duda razonable, como una suerte de contrahipótesis extintiva o excluyente de la acusatoria.

Para que despliegue efectos el componente reactivo del derecho a la presunción de inocencia basta con que la hipótesis de no participación -la específica identificada por la defensa o la genérica de la que parte toda persona acusada por el simple hecho de serlo- goce de un umbral de atendibilidad suficiente para generar una duda epistémica razonable. Esto es, una duda basada en razones, justificada razonablemente y no arbitraria.

La consistencia de la duda razonable no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos que fundan la condena. Como a la inversa, la contundencia de la hipótesis de condena tampoco se mide en sí sino según su capacidad para neutralizar la propuesta absolutoria.

Mientras la condena presupone la certeza de la culpabilidad, neutralizando la hipótesis alternativa, la absolución, insistimos, no presupone la certeza de la inocencia sino la mera no certeza de la culpabilidad. La absolución no se deriva de la prueba de la inocencia sino de la frustrada prueba de la culpabilidad más allá de toda duda razonable. De ahí que una hipótesis exculpatoria mínimamente verosímil arruine la probabilidad concluyente -la conclusividad- que exige el mencionado estándar -vid. STS 229/2021, de 11 de marzo, 139/2022, de 17 de febrero-.

**4.** Pues bien, en el caso, analizada toda la información probatoria, no identificamos en la conclusión fáctica alcanzada por el tribunal de instancia, y validada por el de apelación, el grado de cualificada conclusividad que convierta la hipótesis defensiva de no participación en irrelevante fenomenológicamente. Lo que abre la vía a la duda razonable.

Debe insistirse en que cuando la prueba del hecho justiciable depende de manera esencial del testimonio de la persona que afirma haber sido víctima, la información aportada por esta debe someterse a un exigente test que permita medir su calidad reconstructiva.

Exigencia que no puede ceder a ninguna tentación funcionalista ni, desde luego, a difusos planteamientos anticognitivos que atribuyen una suerte de potestad performativa de la realidad a quien afirma ser víctima de un hecho delictivo.

La afirmada víctima puede, sin duda, disponer de mayor cantidad de información. Incluso, de la única información directa disponible de lo que pudo acontecer. Pero esta posición cognitiva *prima facie* aventajada



no supone ni que la información pueda o deba resultar en todo caso suficiente para reconstruir el hecho acusado y la participación en el mismo de la persona acusada ni, tampoco, que pueda o deba resultar en todo caso creíble o fiable.

Precisamente, la naturaleza muchas veces primaria de la información que transmite el testigo que afirma haber sido victimizado es lo que obliga a un mayor esfuerzo de indagación por aquellos que tienen la carga de probar los hechos sobre los que se fundan sus pretensiones de condena.

Acceso a la información que debe respetar condiciones constitucionales estructurales, como las de defensa y contradicción, así como específicas reglas de producción -vid. artículos 439 y 709, ambos, LECrim- pensadas para evitar resultados distorsionados no solo de la propia narración sino también de las motivaciones narrativas del testigo.

La información transmitida por un testigo debe ser objeto, por tanto, de una atribución de valor reconstructivo. Para ello, deben identificarse elementos contextuales tales como las circunstancias psicofísicas y psico-socio-culturales en las que se desenvuelve el testigo; las relaciones que le vinculaban con la persona acusada; el grado de compatibilidad de la versión ofrecida con lo que desde la experiencia resulte posible; la existencia de corroboraciones objetivas periféricas y de las causas que, en su caso, impiden dicha corroboración; la persistencia en la voluntad incriminatoria; la constancia en la narración de los hechos y la correlativa ausencia de modificaciones o alteraciones en lo que se describe; la concreción o la genericidad del relato atendiendo a la potencialidad de precisión que puede presumirse en el testigo a la luz de las circunstancias concretas; la coherencia interna y externa del relato, en particular su compatibilidad "fenomenológica" con otros hechos o circunstancias espacio-temporales que hayan quedado acreditadas por otros medios de prueba. Pero no solo. Ha de validarse, también, la metodología empleada para obtener la información.

La narración ofrecida por el testigo en el proceso es, simplemente, información probatoria resultante de un procedimiento probatorio. No es, desde luego, la prueba del hecho. Esta es el resultado de una compleja operación de atribución de valor a las informaciones probatorias que el juez debe realizar sin prescindir de reglas tanto epistémicas -y, entre estas, las específicamente procesales que atienden a quién debe probar y cómo debe probarse el hecho acusado- como axiológicas -entre las que ocupa un lugar prioritario, la de presunción de inocencia-

Cuando se hace depender, de forma esencial, la pretensión de condena de la narración ofrecida por quien afirma haber sido víctima del delito -como acontece en este caso-, lo que se exige es poder ofrecer un conjunto de razones que hagan patente que la decisión del tribunal no se basa en un juicio voluntarista que se limita a otorgar credibilidad al testigo sino en una valoración que justifica de forma adecuada que la información suministrada por este es altamente fiable.

Y creemos que la diferencia no es retórica. La atribución de valor probatorio reconstructivo a la información testifical no debe venir determinada solo por lo creíble que resulte el testigo sino por lo fiable que resulte aquella.

En términos epistémicos resulta mucho más consecuente con las exigencias cognitivo-materiales derivadas del principio de presunción de inocencia poner el acento en la fiabilidad de la información transmitida que en la credibilidad del testigo, como juicio de valor personal - STC 75/2013, de 8 de abril-

Lo fiable de la información hace referencia a las condiciones fenomenológicas de producción probable de lo relatado mientras que lo creíble atiende más a un plano subjetivo, a que el testigo no ha mentado. Por lo tanto, más abierto a valoraciones y prejuicios de tipo culturalistas e intuitivistas. Lo primero -lo fiable- exige mayores cargas de justificación al juez que atribuye valor a la información. Lo segundo -lo creíble- favorece la utilización de fórmulas de justificación con menores cargas cognitivo-materiales.

La fiabilidad, como elemento para otorgar valor reconstructivo a la información suministrada por un testigo, se nutre, en muy buena medida, del grado de compatibilidad de dicha información con el resultado que arrojan el resto de las pruebas que integran el cuadro probatorio plenario y las demás circunstancias contextuales que han quedado acreditadas. Entre estas, desde luego, también aparece la credibilidad personal del testigo que no puede ser, por tanto, un elemento ajeno a la valoración de la información suministrada. Pero, insistimos, no la agota. No basta, por tanto, la presunción de que lo que afirma un testigo es verdadero salvo prueba en contrario.

De ahí que no quepa aplicar soluciones estandarizadas que obliguen a excluir la información testifical por la simple identificación de impersistencias o incoherencias actitudinales o tachas de credibilidad subjetiva en el testigo que la aporta. Algunas de estas tachas, en efecto, pueden ser de tanta entidad que neutralicen todo atisbo de credibilidad comprometiendo, también, la fiabilidad de la información transmitida hasta límites irreductibles. Otras, por contra, aun afectándola no neutralizan los rendimientos reconstructivos si al tiempo





puede identificarse, y justificarse, un grado de compatibilidad corroborativa razonable con los resultados que arroja el cuadro de prueba observado y valorado en su conjunto.

Precisamente, la idea de cuadro, la necesidad de atender a un *esquema en red* de las aportaciones probatorias que se derivan de los diferentes medios plenarios practicados es lo que permite extraer valoraciones materiales y razones justificativas comunicables de tipo cognitivo. Lo que comporta la necesidad de emplear un exigente método holístico de valoración que no puede quedar reducido, en supuestos de cuadros probatorios complejos, a fórmulas estandarizadas.

Toda reconstrucción probatoria arroja sombras de dudas, espacios fácticos que resultan de imposible reproducción. Pero la cuestión esencial reside en determinar si dichas incertezas impiden a los jueces justificar de forma cognitiva la hipótesis acusatoria, ya sea por ausencia de prueba sobre elementos fácticos esenciales sobre los que aquella se apoya, porque los medios utilizados para ello vienen afectados de un racional déficit de habilidad reconstructiva, porque se acredite que lo relatado es subjetivamente inverosímil, porque, a la luz de las otras pruebas, resulta fenomenológicamente imposible o poco probable o porque susciten una duda razonable.

**5.** El caso, no cabe duda, plantea cuestiones probatorias significativamente complejas. No solo las que siempre acompañan a la valoración de la información testifical aportada por quien afirma ser víctima del hecho justiciable, sino porque dicha información se transmite, por primera vez, diez años después de la supuesta comisión del hecho justiciable, cuando los testigos, hermanos entre ellos, tenían, respectivamente, siete y nueve años.

Estos dos factores -el muy tardío momento de la revelación y la corta edad de la presunta víctima cuando se afirma ocurrió el hecho presunto-, por sí solos, obligaban a un particular esfuerzo de análisis del conjunto de las informaciones probatorias de las que dispuso el tribunal. Son factores que adquieren una particular relevancia para evaluar la fiabilidad de la información obtenida.

Pero, además, concurre otro factor que aporta mayor complejidad valorativa. El propio tribunal de instancia descarta el testimonio de la afirmada víctima para la acreditación de otros subhechos justiciables y no solo por la ausencia de elementos corroborativos sino porque identifica elementos de implausibilidad en el relato ofrecido.

La mayoría de edad del testigo no disipa las graves dificultades que comporta evaluar la información que proviene de lo que se recuerda de un suceso acaecido diez años antes cuando el testigo tenía una muy corta edad -en el caso, entre cinco y siete años-. La memoria, debe insistirse, no funciona como una suerte de archivo estático de información detallada de lo acontecido. La información no se almacena tal como se percibe, como si se tratara de una grabación de lo sucedido. El recuerdo se nutre de interpretaciones de lo acontecido. Es siempre objeto de un proceso de selección de la información relevante después de una interpretación que le dota de significado y de su integración en las estructuras previamente existentes. La memoria es, sobre todo, un proceso de reconstrucción y no de simple recuperación. Lo que introduce, de la mano del paso del tiempo, riesgos significativos de falsos recuerdos, como destaca la literatura científica sobre psicología del testimonio.

En efecto, el paso del tiempo es un factor que altera la originalidad del recuerdo. Muy en particular, cuando el "recuerdo" se remonta al momento en que la persona se encuentra en una de las primeras etapas de la evolución infantil. Las capacidades cognitivas de atención, percepción, memoria y lenguaje se desarrollan con la edad condicionadas por la maduración neurológica.

De ahí, la importancia decisiva de identificar el tipo de recuerdo que se transmite. Si responde a una memoria episódica, con elementos autobiográficos contextualizados en términos espaciotemporales, o simplemente semántica. Y, desde luego, prevenirse con relación a las llamadas memorias reprimidas y después recuperadas que introducen serias objeciones sobre la atendibilidad del recuerdo "recuperado".

**6.** El análisis de la información probatoria en estos casos tan complejos desaconseja acudir a métodos fragmentarios o minimalistas de atribución de valor como el utilizado, basado exclusivamente en la identificación de *persistencia* de lo declarado por la afirmada víctima y datos corroborativos, obtenidos diez años después, provenientes del testimonio prestado por su hermano.

En supuestos de abuso sexual sobre menores de corta edad, en particular cuando ha transcurrido un significativo periodo de tiempo entre la comisión y la revelación, debe emplearse una metodología holística que aborde todas las variables concurrentes en la situación de afirmada victimización -frecuencia, intensidad, duración, circunstancias espaciales y temporales de producción-; la vinculación con el agresor; la fase de desarrollo psicosocial en la que se encuentra la afirmada víctima; el género; el contexto socio-cultural; el nivel de vulnerabilidad y la capacidad de resiliencia. Factores, todos ellos, que permiten una mejor evaluación de la información transmitida.



7. Pues bien, en el caso, tanto la sentencia de instancia como la de apelación prescinden del análisis de factores tan significativos como: los relativos al contexto de revelación; las causas que pueden explicar la demora en más de diez años; si lo narrado pudiera responder a un recuerdo recuperado o reprimido -sobre esta cuestión, llámese la atención que en el informe pericial elaborado por las peritas psicólogas-forenses, a modo de conclusión, sin explicación aclaratoria alguna, se afirma que la entonces menor " *realiza correcciones espontáneas en la descripción de la experiencia, no refiriendo tanto la falta de recuerdo, sino más bien introduciendo elementos nuevos que complementan la narración de los acontecimientos (sic)*"; si el paso del tiempo, diez años, ha podido alterar el significado atribuido al recuerdo; si los niveles de precisión son consistentes a la *huella de memoria* que el suceso, como el que se declara probado, puede dejar en menores de corta edad. Y no solo respecto a Paloma, la afirmada víctima, sino también en su hermano Eutimio, quien, en su primera declaración sumarial, diez años, al menos, después del hecho presunto, manifestó recordar muy poco de lo visto.

8. Por otro lado, la sentencia recurrida, confirmando la de instancia, tampoco aborda si el dato corroborativo que ofreció Eutimio -que vio cómo el acusado besaba a su hermana- puede resultar suficiente para prestar fiabilidad a un testimonio como el de Paloma que ha sido calificado de manifiestamente insuficiente con relación a otros hechos narrados. Incluso, respecto al afirmado intento por parte del recurrente, sin solución de continuidad al acto de besarla, de que le practicara una felación.

El tribunal de instancia, como apuntábamos, parece fundar el juicio de insuficiencia probatoria respecto al resto de los hechos justiciables, objeto de acusación, en la ausencia de corroboraciones contrastadas, pese a lo afirmado al respecto por la testigo. Pero no solo. También sugiere inverosimilitud en algunos de los episodios narrados. En particular, el relatado por la testigo en el acto del juicio de que cuando contaba con cinco años fue víctima de una penetración completa por parte del hoy recurrente que le produjo dolor, encontrándose presente su hermano Eutimio mientras veía la televisión.

La duda de atendibilidad no puede solo residir en que el testigo Eutimio nada recordara al respecto. El propio suceso relatado resulta difícilmente creíble atendidos los casi inevitables y graves daños físicos que para una niña de cinco años se derivarían de un acto como el narrado.

En supuestos de victimización sexual de niños o niñas de tan corta edad -cinco años, según el relato de la afirmada víctima- caracterizados por la causación de dolor deben explorarse con especial intensidad los factores que pueden explicar la no revelación, para lo que resulta necesario analizar con detalle el contexto personal y circunstancial de producción. Sobre todo, en un caso como este en el que no existían especiales vínculos ni afectivos ni relacionales con el hoy recurrente, más allá de compartir la vivienda junto a otras personas, y la menor, además, convivía con sus progenitores y su hermano y con una tía que la cuidaba cuando sus padres se marchaban del domicilio a trabajar.

9. Tampoco los informes periciales abordan la compatibilidad fenomenológica de algunos de los episodios narrados con el contexto en que se afirma se produjeron, y los elementos relaciones entre la testigo y el hoy recurrente.

Por otro lado, pese a que ni la sentencia recurrida ni la de instancia utilizan la información pericial -a salvo para descartar que los comportamientos con apariencia autolítica de Paloma tuvieran algo que ver con los presuntos episodios de abusos sufridos en la infancia- llama la atención el contraste entre ambos dictámenes.

En el confeccionado por las peritas psicólogas forenses adscritas al Tribunal Superior de Justicia se afirma que " *no se aprecia resonancia afectiva durante la exploración, después del tiempo transcurrido*" y si bien se identifican rasgos de baja autoestima, las peritas no los vinculan con las experiencias de abuso que se afirman vividas.

Por contra, en el informe elaborado por la perita psicóloga de *Centro de intervención en abuso sexual infantil* (CIASI), de la Comunidad de Madrid -respecto del que no constan utilizados otros instrumentos diagnósticos más allá de las entrevistas en las fechas precisadas- se afirma -con inserciones desordenadas de valoraciones y afirmaciones de la propia explorada- que Paloma presentaba estado de ánimo deprimido, pensamientos negativos sobre sí misma y un comportamiento de carácter infantil, concluyéndose que dicha sintomatología podría estar relacionada con una experiencia real de abuso.

Conclusión que no viene acompañada de la más mínima explicación de las bases técnico-científicas de las que parte, además de prescindirse de todo análisis factorial del contexto de revelación y del tiempo transcurrido. Lo que obliga a plantearse si el dictamen responde a estándares de rigor exigible.

Como es sabido, el " *modelo traumatogénico*" en la identificación de abuso sexual está sometido en la literatura científica sobre psicología del testimonio a una intensa revisión en cuanto incorpora un grave riesgo tautológico: *el trauma tiene que haber sucedido porque el testigo está traumatizado y el testigo está*



*traumatizado porque ha vivido dicho trauma* -Steller y Böhm (2006); Sartori (2021); González y Manzanero (2021)-. Cuando lo cierto es, por un lado, que solo un grupo reducido de personas desarrollan un cuadro clínico traumático de carácter puntual o crónico y, por otro, que un buen número de los síntomas detectados pueden responder a múltiples causas. De ahí que para vincularlos etiológicamente al trauma abusivo deba analizarse con mucho rigor la interacción de variables individuales y contextuales, de la persona y del propio proceso de victimización.

También se dejaron de valorar y, sobre todo, de constatar por las acusaciones algunos datos significativos contenidos en el dictamen de la perita del CIASI. Uno, el relativo a que el hermano de Paloma también tiene un expediente abierto en el CIASI. Otro, el referido por la propia Paloma, a que en la época de los hechos presuntos "no comía y tenía vómitos". Dicha información no fue contrastada con los próximos que declararon en el acto del juicio, como el padre o la tía que realizaba funciones de cuidadora.

**10.** En el caso, tenemos dudas que afectan sensiblemente a la consistencia del relato primario de la testigo Paloma. No resulta fácilmente explicable que pueda descartarse para la prueba de la mayoría de los hechos justiciables, objeto de acusación, y se le otorgue un rotundo valor reconstructivo para el hecho que funda la condena sin analizar rigurosamente, insistimos, los muy singulares y complejos factores concurrentes y su posible proyección sobre el propio relato.

Dudas que no aparecen suficientemente compensadas por datos externos con valor corroborativo unívoco provenientes de la prueba practicada. En particular, y respecto al testimonio de Eutimio, ni la sentencia recurrida ni la de apelación precisan las razones de atribución de valor a una información aportada diez años después del suceso presunto cuando el testigo contaba con ocho o nueve años. Nada se analiza sobre elementos de sugestionabilidad que pudieran concurrir, sobre los riesgos de falsos recuerdos vinculados al paso excesivo del tiempo o sobre la relevancia de la ausencia de detalles en el relato ofrecido por el testigo.

También la ausencia de todo análisis riguroso del conjunto de las informaciones periciales aportadas, de sus diversas metodologías empleadas, de la disparidad de conclusiones, de su respectiva consistencia epistémica, debilita el juicio de atribución de valor probatorio.

No afirmamos, ni mucho menos, que la información transmitida por Paloma y Eutimio responda a una causa mendaz o que pueda ser calificada de falsa. Lo que decimos es que no ha alcanzado niveles de corroboración externa y de consistencia interna suficientes para declarar probados los hechos de la acusación fuera de toda duda razonable.

Lo anterior conduce de forma necesaria, como imperativo categórico derivado del principio de presunción de inocencia, a la estimación del motivo principal. Lo que excluye el análisis de los siguientes.

#### **CLÁUSULA DE COSTAS**

**11.** Las costas de este recurso se declaran de oficio.

#### **CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN**

**12.** Tal como disponen los artículos 109 LECrim y 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento europeo y del Consejo *sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Paloma.

#### **FALLO**

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

**Haber lugar, al recurso de casación** interpuesto por la representación del Sr. Abilio contra la sentencia de 29 de octubre de 2020 de la Sala de Apelaciones Penales del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que casamos y anulamos, siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar.

Declaramos de oficio las costas del recurso.

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. Comuníquese también de forma personal a la Sra. Paloma.

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.





RECURSO CASACION núm.: 5919/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 17 de noviembre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 5919/2020, interpuesto por Abilio contra la sentencia núm. 306/2020 de fecha 29 de octubre de 2020 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia 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. Javier Hernández García.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en lo que no resulten contradichos por los argumentos expuestos en esta resolución.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Por las razones expuestas al hilo del primer motivo del recurso formulado por la representación del recurrente Sr. Abilio , se deja sin efecto su condena como autor del delito de abuso sexual que fue objeto de acusación.

#### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Absolvemos al Sr. Abilio del delito de abuso sexual por el que ha sido condenado en la instancia.

Declaramos de oficio las costas de ambas instancias previas.

Notifíquese esta resolución a las partes con expreso traslado a la Sra. Paloma , haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.