

Roj: **STS 5534/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5534**Id Cendoj: **28079120012016100958**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/12/2016**Nº de Recurso: **506/2016**Nº de Resolución: **965/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP T 51/2016,**  
**STS 5534/2016**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Diciembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del procesado **Rogelio** contra Sentencia 14/2016, de 12 de enero de 2016 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, dictada en el Rollo de Sala núm. 29/11 dimanante del Sumario núm. 1/11 del Juzgado de Instrucción núm. 6 de El Vendrell seguido por delito de agresión sexual contra mencionado recurrente; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo partes: el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Elias Arcalis y defendido por el Letrado Don Juan Manuel Ruiz de Erenchun, y como recurrida Doña Noemi representada por el Procurador de los Tribunales Don Marco Aurelio Labajo González y defendida por el Letrado Don Víctor Manuel Roca Lasuen.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 6 de El Vendrell (Tarragona) instruyó Sumario núm. 1/11 por delito de agresión sexual contra **Rogelio**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, que con fecha 12 de enero de 2016, dictó Sentencia núm. 14/16, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral, ha resultado acreditado:

**PRIMERO.-** Rogelio, mayor de edad y sin antecedentes penales, en domingo no determinado del mes septiembre de 2009 se encontraba en su domicilio situado en la CALLE000 NUM000 puerta NUM001 de la localidad de DIRECCION000 (Tarragona) junto a su compañera sentimental la Sra. Aurora y, del matrimonio formado por Doña. Noemi y Benito y la hija menor de estos Julia nacida el NUM002 de 1993. En ese momento la menor Julia contaba con 16 años, una patología de base consistente en trastorno déficit de atención por hiperactividad en la infancia y ligero retraso mental a demás de trastorno psicótico inespecífico/esquizofrenia desorganizada tras ingreso en septiembre de 2009.

**SEGUNDO.-** Después de comer, Julia acudió a la habitación donde el acusado solía echar la siesta, cuando en un momento dado el acusado la empujó contra la pared la beso y le dijo que la quería. Ante la petición de la menor de dejarla marchar, el acusado la cogió por los dedos pulgares apretando para que no pudiera soltarse, la beso de nuevo le tocó los pechos y la empujó cayendo en la cama quedando la menor parada sin capacidad de reaccionar. En ese momento, aprovechó el acusado para bajarle los pantalones levantarle las piernas poniéndoselas por



encima su cuello y penetrarla vaginalmente con el pene. El acusado antes de eyacular soltó a la menor Julia , momento que aprovecho ésta para darle un patada y marcharse. El acusado mientras Julia se marchaba le dijo que si decía algo haría daño a la persona que mas quería.

**TERCERO.-** Consecuencia de los hechos la menor Julia sufrió un claro empeoramiento de su cuadro psicótico teniendo que ser ingresada en fecha 5 de febrero y 1 de marzo de 2010 en la Unidad Funcional de Abusos a Menores (UFAM) del Hospital de Sant Joan de Deu de Barcelona. La menor fue ingresada hasta en doce ocasiones desde el día 13.5.10 hasta el 7.5.12 por trastorno del cuadro psicótico con intentos de autolisis.

**CUARTO.-** Julia como consecuencia de tales hechos presenta como secuela un claro empeoramiento de su patología mental base y trastorno por Estrés Postraumático, precisa tratamiento farmacológico y psiquiátrico de forma permanente".

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

"Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Rogelio como autor responsable de un delito de agresión sexual del artículo 178 en relación con el artículo 179 del C.P , a la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se condena al mismo a la prohibición de aproximarse a Julia en cualquier lugar donde se halle, acercarse a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por él a una distancia inferior a 300 m, así como comunicar por cualquier medio durante un período de 3 años. Se condena a Rogelio a indemnizar a Julia en la cantidad de cuarenta mil euros por los daños morales causados a la misma. Asimismo, le condenamos al pago de las costas judiciales causadas incluidas las de la acusación particular. Notifíquese esta resolución a las partes así como al perjudicado en los términos del fundamento jurídico octavo de la presente resolución. Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por la representación legal del procesado **Rogelio** , que se tuvo 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 de casación formulado por la representación legal del procesado Rogelio , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**1º.-** Por infracción de Ley al amparo de los números 1º y 2º del Art. 849 LECrim., así como quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º y 3º LECrim. Dentro de este único motivo del recurso (además de otro "alternativo" al que nos referiremos al final del informe), se refiere a diversos aspectos:

**2º.-** Por infracción de los principios del art. 24 CE referido especialmente a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa.

**3º.-** Fondo. Por infracción de los principios del art. 24 CE especialmente tutela judicial efectiva y presunción de inocencia, del principio in dubio pro reo, del art. 153 CP y error en la apreciación y valoración de la prueba.

**4º.-** Nulidad de la declaración de Julia como prueba preconstituida por defecto de forma.

**QUINTO.-** En el presente recurso es parte recurrida la acusación particular Doña Noemi que **impugna** el recurso por escrito de fecha 9 de mayo de 2016.

**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista y solicitó la inadmisión del recurso y subsidiariamente la impugnación de fondo de los motivos del mismo y su desestimación por las razones expuestas en su informe de fecha 4 de mayo de 2016; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 13 de octubre de 2016 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 2 de noviembre de 2016; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona condenó a Rogelio como autor criminalmente responsable de un delito de **violación** del art. 179 CP, concurriendo la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de dos años de prisión y a que indemnice a la víctima en la cantidad de 40.000 euros por los daños morales causados a la misma, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación el aludido acusado en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.



**SEGUNDO.**- En el motivo primero, formalizado al amparo de los arts. 850.1 y 852 LECrim., y del art. 5.4 LOPJ, se invoca quebrantamiento de forma por denegación de prueba y vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa reconocidos en el art. 24 CE.

En síntesis sostiene el recurrente que le produce indefensión la denegación de la prueba consistente en remitir mandamientos a las compañías telefónicas para comprobar la titularidad de los distintos números desde los que, con posterioridad a los hechos denunciados, la denunciante llamaba al acusado, "diciéndole e insistiéndole que lo quería ver y hablar con él", a lo que lógicamente el acusado se negó. La prueba, dice, era necesaria, porque de ser cierta la agresión sexual, resulta extraño que la víctima quiera hablar y ver a su agresor.

El derecho a utilizar medios de prueba tiene rango constitucional en nuestro derecho al venir consagrado en el artículo 24 de la Constitución, pero no es un derecho absoluto. Ya nuestra Carta Magna se refiere a los medios de prueba "pertinentes", de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás ( artículos 659 y 785 de la LECrim). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes ( STC 70/2002, de 3 de abril). Por ello, el motivo podrá prosperar cuando la prueba, o la suspensión del juicio ante la imposibilidad de su práctica, se haya denegado injustificadamente, y cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito ( SSTC 50/1988, de 22 de marzo; 357/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de febrero y 37/2000, de 14 de febrero).

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por el artículo 785 LECrim. cuando se trate de Procedimiento Abreviado. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que el proponente pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprendan fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone ( STS nº 1591/2001, de 10 de diciembre y STS nº 976/2002, de 24 de mayo); 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 ( STS nº 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica ( STS 344/2004 de 12 de marzo).

En el caso enjuiciado, la prueba no era necesaria. En primer lugar, no consta el contenido de esas llamadas y únicamente se contaba con la declaración del acusado y lo que él mismo manifiesta. Pero en todo caso y aunque efectivamente recibiera llamadas de la víctima, ello no permitiría alterar el contenido del fallo ni resta credibilidad a su testimonio. No olvidemos que aquí se trata de una víctima con importantes patologías psicológicas, con déficit mental, todo ello agravado, por cierto, a raíz del episodio de agresión sexual denunciado. En todo caso, también se dispuso del testimonio de la madre que manifestó, al contrario, que quien le mandaba mensajes a su hija (incapacitada dos años después de los hechos enjuiciados) era el acusado. En fin, cualquiera que hubiera sido el resultado de la prueba, no existen méritos para alterar o variar la resolución respecto al puntual y concreto hecho imputado, ni para restar credibilidad al testimonio de la víctima debidamente corroborado como luego veremos.

Además, ni entonces ni ahora en casación viene a razonar cuál es la finalidad de esa prueba para poder valorar si efectivamente era imprescindible o necesaria para el esclarecimiento de los hechos. En definitiva la prueba solicitada fue correctamente repelida. La decisión es acertada y ajustada a Derecho, pues se trataba de una prueba que además resultaba irrelevante.

Obsérvese la ingente cantidad de números telefónicos que se dicen fueron por los que la víctima llamaba al ahora recurrente, en concreto, trece números, diciéndole e insistiéndole, en su tesis, que quería verle y hablar



con él. Pero tal prueba resulta imposible de constatar pues es conocido que la Ley 25/2007, de 18 de octubre, permite almacenar las conectividades pero no el contenido de las llamadas o comunicaciones, con lo cual nos encontraríamos con unos números de teléfono que no son precisamente de la menor, una conexión al móvil del recurrente, y un incierto contenido de tales llamadas, preguntándonos qué conclusión probatoria puede extraerse de todo ello.

En efecto, el art. 3.2 de dicha Ley, dispone: «ningún dato que revele el contenido de la comunicación podrá conservarse en virtud de esta ley».

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**TERCERO.-** En el motivo segundo, formalizado al amparo del art. 851.3 LECrim., se invoca quebrantamiento de forma por incongruencia omisiva.

Denuncia este defecto formal señalando que pese a que las documentales presentadas por la defensa en el acto del juicio fueron admitidas, consistentes en tres denuncias presentadas por el acusado contra la víctima por las llamadas y "acoso" que estaba sufriendo, ninguna mención a las mismas se hace en la sentencia.

De entrada hay que recordar que este vicio procesal (incongruencia omisiva) exige que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso ( STS 671/2012, de 25 de julio).

Además, existe una objeción procesal que se opone a la mera consideración de la denuncia en este control casacional. De acuerdo con el art. 267-5º de la LOPJ, los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material, y entre ellos, se cita en el párrafo indicado la de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas utilizando el recurso de aclaración dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas - SSTS 922/2010; 1073/2010; 1300/2011; 272/2012 ó 417/2012, entre otras-.

En el caso, no se intentó subsanar esa hipotética omisión a través del recurso de aclaración como se ha dicho, es decir, debió utilizarse este remedio previo a su planteamiento en sede casacional.

De todos modos, aquí no se trata de una pretensión jurídica sino de la valoración, o más bien de la falta de valoración, de determinada prueba, lo que es una cuestión fáctica o alegación que no una verdadera pretensión.

Esta Sala viene afirmando de forma constante (SSTS 603/2007, de 25-6; 54/2009, de 22-1; y 248/2010, de 9-3) que la incongruencia omisiva es atendible en aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio. Ese deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejados en la sentencia, cuya falta habría de integrarse, en su caso, por la vía del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El motivo no puede prosperar.

**CUARTO.-** En el motivo tercero, formalizado al amparo del art. 852 LECrim., y del art. 5.4 LOPJ, se invoca la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Alega el recurrente que no hay prueba de cargo válida y suficiente para la condena. Argumenta, en resumen, que la exploración de la menor es nula, puesto que no estuvo presente el acusado, y añade que su testimonio no resulta creíble, pues presenta importantísimos déficits psiquiátricos, psicológicos y de adaptación, que hacen dudar de la veracidad de lo declarado, resultando además que no existen corroboraciones, pues supuestamente la agresión se produjo en la casa del acusado después de comer, estando presentes su mujer y los padres de la víctima y extrañamente nadie escuchó nada. Añade que las propias periciales permiten concluir que no hay certeza absoluta de que esta última dijera la verdad y alude a que después del hecho imputado la menor no tenía ningún signo de nerviosismo o alteración. Debió pues prevalecer la presunción de inocencia.

Esta Sala tiene declarado que la declaración de la víctima puede integrar la prueba de cargo necesaria para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia ( STS 16-5-2007). Ahora bien ello no supone que





baste la existencia de tal declaración, antes bien, será necesario un examen minucioso de dicha declaración y de su credibilidad, y junto a ello, la existencia de otros datos o elementos que puedan robustecer aquella credibilidad ( STS 25-4-2007). Lo que importa es la razonabilidad de la convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en la sentencia condenatoria ( STS 28-12-06). Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial. Ahora bien, también esta Sala tiene declarado que la inmediación no puede constituirse en un blindaje del tribunal sentenciador para no motivar porque la inmediación no es un método de convencimiento del Juez ante el que se ha practicado la prueba sino la forma en la que la prueba se presenta ante el Juez. El método de convencimiento es la motivación fáctica, la explicación de la credibilidad que se concede a la declaración de la persona concernida, en definitiva la explicación del proceso decisional, pues de otro modo sería imposible efectuar el control del razonamiento cuando de la causa conozca otro tribunal vía recurso con lo que la casación perdería el carácter de recurso efectivo en el sentido del art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En tal sentido, entre otras, SSTS 829/2006 de 20 de julio, 732/2006, 587/2010 ó 1041/2011 de 17 de octubre. Por ello las afirmaciones del recurrente negando credibilidad a las declaraciones de la perjudicada deben ser analizadas desde los razonamientos del tribunal para justificar la credibilidad que se les concedió.

Los parámetros que rigen la apreciación de la credibilidad de la declaración de la víctima, son los siguientes:

- a) Subjetivamente, debe analizarse si ha existido un previa relación nociva de donde pueda deducirse que el testimonio de la víctima responde a motivos espurios.
- b) Objetivamente, debe constatarse si lo declarado por la víctima denunciante es creíble en sí mismo, esto es, se trata de la narración de algo que se sostiene en su estructura racional, algo que se ha venido también llamando verosimilitud de lo expuesto como relato histórico de lo acontecido.
- c) Temporalmente, debe contar con cierta proximidad y reiteración, de tal modo que no se trate de un relato perdido en el tiempo, que impida la defensa de tales imputaciones por parte del denunciado; tampoco se trata de la mimética repetición de lo acontecido como si de un disco rayado se tratara.
- c) Formalmente, ha de haber sido corroborado mediante marcadores objetivos, interrelacionados, y externos a la víctima. Y tales corroboraciones, no lo son: a) la confesión a otros de lo que la ofendida les cuenta, sean familiares más o menos próximos o amigos, pues eso nada corrobora sino que supone la misma expresión de su repetición; b) los dictámenes periciales de credibilidad de la víctima menor, pues estos informes lo que evalúan es su potencial capacidad de fabulación, no la realidad misma de lo que narra la persona informada.

**QUINTO.-** Incorporando la normativa internacional a nuestro ordenamiento procesal, la más moderna jurisprudencia (vid. en tal sentido SSTS nº 173/2010, 1251/2009, 1033/2009, 96/2009, 694/2007, 151/2007, ó 429/2002, entre otras muchas), opta por una ampliación de la idea de «imposibilidad» de testificar en el juicio oral de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECrim. (procedimientos ordinario, abreviado y urgente, respectivamente), de conformidad con lo cual, junto a los obstáculos materiales para la realización del testimonio, habrán de ser incluidos también aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, de forma que, en estos casos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aquéllos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley.

Como nos recuerda la STS 96/2009, el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés supremo del niño".

En idéntica dirección apunta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, en su Sentencia de 16 de junio de 2005 (asunto C-105/2003, conocido como «caso Pupino», en el que la víctima era una niña de tan sólo cinco años de edad) cuando declara que la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15/03/2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal (que preveía su incorporación al Derecho interno de cada Estado antes del 22/03/2002), debe interpretarse en el sentido de que "el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta".

Con todos estos antecedentes, es evidente que la exigencia de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECrim. acerca de que se prevea la «imposibilidad» de practicar una prueba testifical en el juicio oral para quedar justificada



su práctica adelantada durante la fase sumarial -con todas las garantías que tales preceptos establecen-, no puede ya ser interpretada sino con posible inclusión en tal hipótesis de los casos de niños víctimas de delitos sexuales. Serán, pues, las circunstancias del caso las que, mediante un razonable equilibrio de los derechos en conflicto, aconsejen o no la ausencia del menor en el juicio, valorando las circunstancias concurrentes para, en caso de estimarse procedente su ausencia, evitar así los riesgos de la victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad.

**SEXTO.-** En el caso, las pruebas han sido obtenidas con cumplido acatamiento de las garantías que deben presidir un juicio justo, siendo suficientes para razonablemente llegar a la conclusión asumida por el juzgador, habiendo hecho el Tribunal sentenciador expresa mención, en los fundamentos de derecho primero y segundo, de las pruebas en que se asienta la convicción que se analizan exhaustivamente y con rigor.

En el apartado de hechos probados se declara expresamente acreditado, en resumen, que con motivo de que acudieran a comer un domingo de septiembre de 2009 a casa del acusado y de su entonces mujer, los padres de Julia (nacida el día NUM002 de 1993), que presentaba diversas patologías (trastorno de déficit de atención, hiperactividad, ligero retraso mental, trastorno psicótico inespecífico -esquizofrenia desorganizada-), a la hora de la siesta, aprovechando que la menor estaba en una habitación sola, Rogelio la empujó contra la pared, la besó y le dijo que la quería, y ante la petición de la menor (entonces contaba con 16 años) de que la dejara marchar la cogió por los dedos pulgares apretando para que no pudiera soltarse, la besó de nuevo, le tocó los pechos y la empujó sobre la cama quedando la menor paralizada sin capacidad de reaccionar. En ese momento, aprovechó el acusado para bajarle los pantalones y las bragas, la levantó las piernas y se las puso por encima de su cuello y seguidamente la penetró por vía vaginal.

La Audiencia justifica holgadamente que se denegara la comparecencia de la víctima en el juicio, a tenor del contundente informe de los forenses en que se desaconsejaba la victimización secundaria y se aludía a la alta probabilidad de que esa comparecencia la desestabilizara totalmente y llegara a provocar graves conductas autolesivas o autolíticas. Por ello se decidió correctamente proceder al visionado de la grabación en la que constaba la exploración de la menor con todas las garantías, ante el Instructor y con la presencia del letrado defensor del acusado, el representante del Ministerio Fiscal y de los expertos o peritos que también comparecieron al juicio. No es necesaria o preceptiva la presencia del acusado, y lo cierto es que su defensor, presente en el acto, no formuló entonces objeción alguna. En la Sentencia se justifica (FD primero) la decisión de no admitir la comparecencia en el juicio de la menor y proceder al visionado en el juicio de la exploración practicada como prueba preconstituida y con todas las garantías, sin reserva alguna por ninguna de las partes. De manera que en el caso enjuiciado, teniendo en cuenta la edad de la menor y su minusvalía, así como la recomendación insistente en tal sentido por parte de los psicólogos forenses para evitar una victimización secundaria, estaba justificada la incomparecencia de la misma al juicio. Se utilizó además la posibilidad que contempla el art. 433 LECrim., en relación con lo dispuesto en el art. 707 LECrim. La menor fue explorada ante el Juez de Instrucción con todas las garantías, con posibilidad de que el letrado del inculpado estuviera presente, pues se le notificó la providencia en que se acordó la exploración de la menor para evitar esa victimización secundaria, siguiendo el criterio de los psicólogos forenses que atendían a la menor, que informaron de la necesidad de que reviviera esa traumática experiencia lo menos posible, aludiendo al principio de mínima intervención en relación con casos similares. Lo cierto es que las partes fueron citadas y que la exploración se realizó en la fecha establecida, y consta que el letrado del encartado estuvo presente y que formuló las preguntas que consideró oportunas a través del Juez de Instrucción, que se las transmitió a las dos peritas psicólogas asistentes al acto según consta en el acta. La exploración quedó registrada y grabada y en el juicio la grabación fue visionada por el Tribunal, destacando que la menor manifestó, haciendo uso de su propio lenguaje y terminología, lo sucedido en términos similares a los hechos antes transcritos resumidamente, ofreciendo detalles suficientes.

El art. 26.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, señala como medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, lo siguiente:

1. En el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes:

a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos.



**SÉPTIMO.-** Respecto al contenido de la declaración de la víctima, destaca la Audiencia que fue creíble, verosímil, convincente y sin contradicciones relevantes. El relato es firme y coherente y ofreció todo lujo de detalles, destacando que la mujer del acusado era la mejor amiga de su madre y que ella (la menor) tenía mucha confianza con el acusado. Se expresa en la sentencia que no se detecta en la víctima, ahora incapacitada, exageración alguna o intención de "magnificar los hechos", lo que dota a su testimonio de una mayor fiabilidad. No trató en modo alguno de exagerar u ofrecer excesos incriminatorios, antes bien brinda un relato objetivo, preciso, sereno y firme.

Las corroboraciones, además, son abundantes. Los padres manifestaron que ese día la menor quería irse pronto, lo que no era habitual, y bajó muy alterada, lo que también les resultó extraño. La madre añade que al cabo de unos días le contó su hija lo sucedido y que llamó por teléfono al acusado, quien le reconoció los hechos y le dijo que no había podido controlarse. Tras los hechos la menor empeoró notablemente y ello lo confirman sus padres pero también y esencialmente los informes periciales. Tales dictámenes también vienen a confirmar que el relato ofrecido por la menor es una "experiencia vivida por la misma", lo que refuerza su credibilidad (ausencia de fabulación).

En cambio la versión del acusado no fue uniforme, realmente ofrece dos versiones distintas, que no le resultaron creíbles al Tribunal.

Todo ello ha permitido al Tribunal sentenciador, en las inmejorables condiciones que le otorga la inmediación para valorar las declaraciones que directamente ha presenciado y escuchado, alcanzar una razonada y razonable convicción sobre los hechos que se declaran probados y para atribuir al recurrente la autoría de los hechos enjuiciados.

Los razonamientos de la Sala de instancia constituyen una motivación suficiente, razonada y razonable, de los fundamentos de su convicción inculpatoria respecto de los extremos cuestionados de la conducta del procesado. De modo patente, en último término, ha de reconocerse la existencia de una actividad probatoria de cargo contra el hoy recurrente, obtenida de acuerdo con las exigencias legales y constitucionales pertinentes. No cabe hablar, en conclusión, de ninguna vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Existió, pues, prueba de cargo, debidamente valorada por el Tribunal y suficiente para justificar la condena del acusado en concepto de autor de los hechos imputados.

El motivo no puede prosperar.

**OCTAVO.-** En el motivo cuarto, formalizado al amparo del art. 849.1 LECrim., se invoca infracción de los arts. 66 y 116 CP.

A) Alega que se debió imponer la pena mínima de un año y seis meses, y que no se debió condenar al pago de indemnización alguna pues las dolencias ya las presentaba la menor, añadiendo que, en todo caso, la fijada de 40.000 euros es arbitraria por desproporcionada.

B) La pena queda justificada en el fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada. Se apreció la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada y por ello se rebaja la pena prevista para el tipo penal apreciado en dos grados. En el arco penológico que iría de un año y seis meses a tres años, se impone la pena de dos años que, dada la naturaleza de los hechos, de una extrema gravedad, resulta justificada y proporcionada.

Igual cabe decir respecto a la responsabilidad civil. En el hecho probado se expresa que a consecuencia de los hechos Julia sufrió un claro empeoramiento de su cuadro psicótico teniendo que ser ingresada en fecha 5 de febrero y 1 de marzo de 2010 en la Unidad Funcional de Abusos a Menores del Hospital San Juan de Dios de Barcelona. Se añade que la menor fue ingresada hasta en doce ocasiones desde el día 13 de mayo de 2010 hasta el 7 de mayo de 2012, por trastorno del cuadro psicótico con intentos de autolisis. Igualmente se apunta como probado que, como consecuencia de los hechos, presenta como secuela un empeoramiento de su patología mental base y trastorno por estrés postraumático, precisando tratamiento farmacológico y psiquiátrico de forma permanente. Ante estos hechos y teniendo en cuenta que reclama una atención y vigilancia permanente por parte de su madre, la indemnización de 40.000 euros (el Ministerio Fiscal solicitaba 20.000 y la acusación particular 60.000), se considera proporcional y razonable, valorando las secuelas y el daño moral causado, así como el notable empeoramiento de su situación clínica.

Fuera de esos parámetros, no puede modificarse el quantum de la responsabilidad civil que el Tribunal sentenciador determine, pues no existe infracción legal al respecto.

En efecto, esta Sala, como recuerda la reciente STS 799/2013 de 5 de noviembre, y la STS 735/2014, de 11 de noviembre, ha señalado reiteradamente (STS 33/2010, de 3 de febrero, 772/2012, de 22 de octubre y 128/2013, de 26 de febrero, entre otras muchas) que la cuantificación específica de la indemnización señalada por el



Tribunal sentenciador no es, por lo general, revisable en casación pues al no establecer el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley sustantiva.

Del análisis de nuestra doctrina jurisprudencial se puede deducir que solo en supuestos específicos puede efectuarse en casación la revisión de la cuantía indemnizatoria, supuestos entre los que cabe señalar: 1º) cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos de delitos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente.

Es evidente que el reproche dirigido a la sentencia en el caso que ahora juzgamos no se acomoda a ninguna de tales previsiones.

El motivo, por tanto, no puede prosperar.

**NOVENO.-** Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a la parte recurrente ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

### III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad El Rey y por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal del procesado **Rogelio** contra Sentencia 14/2016, de 12 de enero de 2016 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer Joaquin Gimenez Garcia

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julian Sanchez Melgar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.