



Roj: **STS 3260/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3260**

Id Cendoj: **28079120012018100424**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/09/2018**

Nº de Recurso: **10152/2018**

Nº de Resolución: **405/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10152/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Penal**

##### **Sentencia núm. 405/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 18 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de Casación con el nº 10152/2018, interpuesto por la representación procesal de **D. Eutimio**, contra la sentencia dictada el 22 de marzo de 2018 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el Recurso de Apelación nº. 3/18, correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 23/17 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete, dimanante de los autos 310/16 del Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Albacete, que condenó al recurrente, como autor responsable de **un delito de continuado de abusos sexuales, dos delitos de abuso sexual no continuados, dos delitos de corrupción de menores, un delito de exhibicionismo, y un delito de posesión de material pornográfico infantil**, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Eutimio, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Sharon Rodríguez de Castro Rincón; y defendido por el letrado D. José Luis Fernández García; y como parte recurrida, la acusación particular **D. Gregorio**, representado por la procuradora D<sup>a</sup> Guadalupe Moriana Sevillano; bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> Cristina de los Ángeles García García, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 2 de Albacete, incoó Procedimiento Abreviado nº 310/16, en cuya causa la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 14 de noviembre de 2017, que contenía el siguiente **Fallo**: «Condenamos a Eutimio como autor de:



1.- un delito continuado de abusos sexuales, 5 años y un día de prisión; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante dicho tiempo y para cualquier profesión u oficio, retribuido o no, que conlleve contacto regular y directo con **menores** de edad durante 8 años y un día; libertad vigilada durante 5 años tras el cumplimiento de la prisión; y prohibición de aproximación a 50 mts de los **menores** y comunicarse con ellos de cualquier modo durante 7 años;

2.- dos delitos de abuso sexual no continuado, a la pena de 4 años y un día de prisión cada uno; así como las inhabilitaciones, libertad vigilada y prohibiciones fijadas anteriormente;

3.- dos delitos de **corrupción de menores** (grabación pornográfica), a la pena de 7 años y un día de prisión cada uno; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante dicho tiempo y para cualquier profesión u oficio, retribuido o no, que conlleve contacto directo con **menores** de edad durante 10 años y un día cada uno; libertad vigilada durante 5 años tras el cumplimiento de la prisión, cada uno; y prohibición de aproximación a 50 mts de los **menores** y comunicarse con ellos de cualquier modo durante 9 años, cada uno;

4.- un delito de exhibicionismo, a la pena de 11 meses de prisión; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante dicho tiempo y para cualquier profesión u oficio, retribuido o no, que conlleve contacto regular y directo con **menores** de edad durante 4 años y un día; libertad vigilada durante 1 año tras el cumplimiento de la prisión; y prohibición de aproximación a 50 mts de los **menores** y comunicarse con ellos de cualquier modo durante 2 años;

5.- un delito de posesión de material pornográfico infantil, a la pena de 3 meses de prisión; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante dicho tiempo y para cualquier profesión u oficio, retribuido o no, que conlleve contacto regular y directo con **menores** de edad durante 3 años y medio; libertad vigilada durante 1 año tras el cumplimiento de la prisión; y prohibición de aproximación a 50 mts de los **menores** y comunicarse con ellos de cualquier modo durante 2 años.

Se acuerda el abono del tiempo cumplido en prisión provisional.

Notifíquese a las partes haciendo saber que cabe interponer recurso de apelación en éste Tribunal y del que conocerá el Tribunal Justicia.»

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos** : «Entre el verano de 2015 y marzo de 2016, Eutimio , mayor de edad nacido el NUM000 .1985 y sin antecedentes penales, aprovechando su amistad con Prudencio , tío de los **menores** Pilar (de 9 años de edad), Teófilo (7 años) y Ramón (de 3), y que cuidaba de ellos durante el horario laboral de sus padres, consiguió ganarse la confianza de todos ellos hasta el punto de que en diversas ocasiones permitieron que Eutimio los tuviera en su compañía exclusiva, sin estar acompañado de Prudencio como en un primer momento, visitando la vivienda de los **menores** y su tío con asiduidad y participando en las tareas de cuidado y atención de éstos.

1.- Amparado en dicha confianza, y aprovechando los momentos que los cuidaba y estaba a solas con ellos, Eutimio con ánimo libidinoso y en reiteradas ocasiones besaba en la boca a Pilar , tocaba su vagina y la obligaba a tocar su pene, e incluso restregaba su zona genital sobre el cuerpo de la **menor**; y de igual modo, besó al menos en una ocasión a sus hermanos Teófilo y Ramón .

2.- En otras ocasiones convenció y animó a los **menores** a que realizaran conductas de carácter sexual, como exhibición de sus genitales, tocando los mismos, escenas que tenían lugar en el dormitorio o baño del domicilio de éstos, y que grababa Eutimio con su teléfono móvil o los propios niños por su indicación, llegando a grabar 22 vídeos que guardó en su ordenador para sí.

3.- También, otras veces, Eutimio exhibía ante los **menores** su pene erecto y otras zonas de su cuerpo como el tórax y glúteos, que también grababan los niños por orden suya.

4.- Eutimio guardaba en el ordenador personal de su vivienda imágenes y vídeos en los que se muestran niños pequeños sufriendo abusos y agresiones sexuales, y otros en los que se muestran explícitamente sus genitales y adoptan posturas con connotaciones sexuales.»

**TERCERO.-** La sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, recurrida ante esta Sala, dictó la siguiente **Parte Dispositiva**: «Que desestimando el recurso de apelación formulado por D. Eutimio representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Concepción Vicente Martínez y defendido por la Letrada María Ángeles Sáez Sotos, contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2017, dictada por la Audiencia Provincial de Albacete en autos 23/2017, dimanantes del Juzgado de Instrucción nº 2 de Albacete tramitada bajo el nº 310/2016 , siendo partes apeladas Da Erica , representada por la Procuradora de los Tribunales Da Rosario Rodríguez Ramírez y defendida por la Letrada Da Cristina de los Ángeles García García, y el MINISTERIO FISCAL, debemos **confirmar y confirmamos** la citada resolución, declarando de oficio las costas causadas



Notifíquese la presente con indicación a las partes que no es firme, ya que contra la misma cabe recurso de casación de conformidad con el artículo 847 de la LECRIM, cuya preparación debe solicitarse dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, a tenor de los artículos 855 y 856 de la referida Ley .

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.»

**CUARTO.-** Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado D. Eutimio , anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 1 de marzo de 2018, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

**QUINTO.-** Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 6 de abril de 2018, la procuradora D<sup>a</sup>. Sharon Rodríguez de Castro Rincón, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos**:

**Primero.** - Por **infracción del derecho a la presunción de inocencia** , con base en el artículo 849.2º L.E.Cr ., 5.4 LOPJ y 24.2 CE .

**Segundo.** - Por **infracción de ley**, de la proporcionalidad de la pena y de los arts. 1.1 , 9.3 , y 25.1 CE , en relación con el art. 66 CP , y de los arts. 183 , 189 , 185 , y 74 CP .

**SEXTO.-** El Ministerio **Fiscal** y la **acusación particular**, por medio de escritos fechados el 14 y 4 de mayo de 2018, respectivamente, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 3 de julio de 2018 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **11 de septiembre de 2018** en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primero de los motivos articulados por el recurrente lo es por **infracción del derecho a la presunción de inocencia** , con base en el artículo 849.2º L.E.Cr ., 5.4 LOPJ y 24.2 CE .

1.- El recurrente nos dice que la actividad probatoria no ha resultado suficiente para desvirtuar el principio contenido en el precepto de la Constitución citado, tanto con respecto a la autoría como en lo atinente a la existencia del hecho punible. Manifiesta que solamente reconoce el acusado un tocamiento a Pilar , pero no, a los **menores** Teofilo y Ramón , cuya declaración, teniendo tan corta edad, no tiene entidad suficiente para sustentar el fallo condenatorio; y siendo la declaración de los padres, meros testimonios de referencia. En definitiva que no se ha aportado ninguna prueba de cargo suficiente, que permita sin dudas señalar al acusado como autor el tipo del art. 183.1 CP .

2. Circunscrita la objeción del acusado a solo uno de los tipos por los que fue condenado, ante todo hay que decir, que, en un motivo de la naturaleza del presente, como se ha repetido en innumerables ocasiones, este Tribunal de casación tampoco puede asumir el papel de órgano que lleve a cabo una segunda y nueva valoración de las pruebas, cometido que únicamente puede asumir de forma exclusiva el Tribunal de instancia, único que ha gozado de inmediación. Ello, no obstante, sobre esta cuestión este Tribunal debe analizar y controlar:

- 1) Si existieron en la causa *pruebas* de cargo suficientes para soportar una sentencia de condena.
- 2) Si tales probanzas se *obtuvieron* con pleno respeto a las normas constitucionales y procesales.
- 3) Si dichas pruebas han sido valoradas por el Tribunal con criterios de lógica, ciencia y experiencia; esto es, si la convicción alcanzada por el tribunal no puede calificarse de absurda o arbitraria.

Y si lo anterior puede predicarse de cualquier impugnación casacional basada en el motivo alegado, también se ha de tener en cuenta, que este es uno de los casos incluidos en la *nueva modalidad* del recurso de casación, tras la introducción de forma generalizada del *sistema de doble instancia* en nuestro sistema penal de recurso. En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en



este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal . Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

"Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECRIM . Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015 que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso ( números 1 y 2 del artículo 885 LECRIM , sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones, que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación." ( ATS 12-4-2008 ).

Centrado así el ámbito del recurso en que nos encontramos , es lo cierto que en el examen de la correcta enervación de la presunción de inocencia reviste especial interés la apreciación de la prueba en los casos en que la única directa sobre los hechos consiste en la *testifical* de quien es además víctima de los hechos. Esta Sala ha creado un consolidado cuerpo de doctrina jurisprudencial, que en esencia mantiene que "El juicio sobre la credibilidad de las declaraciones que tuvieron lugar en el proceso es una cuestión ajena al recurso de casación, dado que sólo puede ser llevado a cabo por un Tribunal que haya percibido directamente, esto es con sus sentidos e inmediatamente, dichas declaraciones. Todo aquello que dependa de la intermediación no puede ser objeto del recurso. Por el contrario, la jurisprudencia ha considerado que el juicio sobre la prueba es revisable en casación en lo que no dependa de la intermediación, es decir, en su estructura racional, de tal manera que cabe la censura de la ponderación de la prueba cuando dicho juicio contravenga reglas de la lógica, cuando contradiga máximas de la experiencia o cuando se aparte de conocimientos científicos.

Con respecto al valor probatorio de la *declaración de la víctima* , de modo reiterado la doctrina de esta Sala y la del Tribunal Constitucional viene considerando tal prueba como válida para destruir la presunción de inocencia siempre que haya de considerarse como razonablemente suficiente al efecto. Esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en los últimos años -cfr. por todas, Sentencia de 15 de junio de 2000 - ofrece unos criterios orientativos para los Tribunales de instancia, en orden a la valoración que éstos tienen que hacer de esa prueba en relación con todas las circunstancias que rodearon el hecho y la prestación del testimonio en las diferentes fases del procedimiento. "Sin el carácter de enumeración exhaustiva estos criterios son: la inexistencia de motivos espurios, la persistencia y la coherencia de dicho testimonio y la concurrencia de datos corroboradores.

No se trata de requisitos que hayan de concurrir necesariamente en el caso para que el Juzgado o Tribunal pueda considerar suficiente la declaración del testigo como prueba de cargo, sino de unos elementos que han de servir para profundizar en la reflexión que debe hacerse a fin de que el propio órgano que presidió el juicio oral valore la suficiencia de esa prueba, siendo necesario, eso sí, que en la propia sentencia condenatoria se exprese de modo razonado el uso que se haya hecho de este método, para que, si se recurre, las partes puedan argumentar, y el Tribunal superior pueda en definitiva examinar, si es o no razonable una condena con esa sola prueba de la declaración de un testigo". (STS 19-2- 2004)

Estamos, ya se ha dicho ante el recurso contra la sentencia dictada en *apelación por el TSJ, que resolvía la impugnación* . Siendo así que ambas resultan conformes al concluir la culpabilidad del acusado y su autoría en la comisión los delitos que se le imputaban. Partiendo de estas consideraciones la lectura de la sentencia de *instancia permite constatar la existencia* de prueba de cargo su suficiencia e idoneidad, lo que se consigan en los fundamentos de derecho. El Tribunal de *apelación* , a su vez, atiende al análisis de la prueba, la valoración por la Audiencia y la adecuación a los criterios jurisprudenciales reseñados lleva a concluir que han sido atendidas también por la Sala sentenciadora en la formación de su convicción, para sustento del fallo.

La sentencia de primera instancia contiene una valoración adecuada de la prueba, con pleno respeto a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, atendiendo a los criterios jurisprudenciales señalados cuando el único testigo directo coincide con la víctima. Bien es verdad que en este caso los tres niños fueron testigos de los hechos que afectan a cada uno de ellos. El examen de la credibilidad de los *testimonios de los hermanos* Pilar , Teofilo y Ramón , atiende tanto a la ausencia de móviles espurios en los **menores**, como a la persistencia de su incriminación, y los pone en relación el resto de la prueba, la pericial psicológica



y la declaración de los padres, que resultan conformes con la versión de lo manifestado por los niños en la exploración. Valoración que debe mantenerse y prevalecer sobre la genérica denuncia de insuficiencia de prueba de cargo, la afirmación de no haber tomado en consideración todos los elementos del juicio relevantes, ni justificados los descartes, sin precisar cuales sean unos y otros. El recurrente no precisa cuales sean los elementos ni los descartes a que se refiere.

Así la sentencia de apelación precisa que «el testimonio de los **menores** Pilar y Teofilo es creíble, porque así lo considera el psicólogo forense a través del cual se realizó la declaración (exploración) de estos, y así ha podido comprobarlo la Audiencia Provincial y esta misma Sala mediante el visionado de la videograbación de dicho acto. Además sus declaraciones están confirmadas por datos objetivos de corroboración, como el testimonio de los padres que, si bien, como se afirma en el recurso son testigos de referencia, tal concepción no impide la valoración de su testimonio por el juez o tribunal de instancia.»

En definitiva la resolución de primera instancia atiende tanto en la prueba de cargo como al relato exculpatario del acusado y la valoración de una y otra no ofrece dudas sobre su rigor lógico. Tales datos son corroborados por la Sala de apelación y deberán ser mantenidos ahora en sede casacional.

En consecuencia, el motivo del recurrente ha de ser desestimado.

**SEGUNDO.-** En el correlativo ordinal el recurrente alega **infracción de ley**, de la proporcionalidad de la pena y de los arts. 1.1 , 9.3 ,y 25.1 CE , en relación con el art. 66 CP , y de los arts. 183 , 189 , 185 , y 74 CP .

1.- El propio recurrente en el escrito de formalización del recurso renunció a su desarrollo.

2.- Ha declarado esta Sala (Cfr. STS 8-10-2013, nº 721/2013 ) que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia *cuestiones ajenas a lo debatido* en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación.

Y constatándose que en sede de apelación únicamente se formuló un único motivo que no es el ahora reseñado, aunque no ha sido desarrollado, es claro que procede igualmente su desestimación.

**TERCERO.-** La desestimación del recurso, determina la imposición de costas del recurso al recurrente, conforme dispone el artículo 901 L.E.Cr .

## FALLO

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

**Desestimar** el recurso de casación interpuesto por infracción de ley y de precepto constitucional por la representación de **D. Eutimio** , contra la sentencia dictada con fecha 21 de febrero de 2018 en APELACIÓN por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha , haciéndole imposición de las **costas** del recurso.

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

Así se acuerda y firma.

D. Andres Martinez Arrieta D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda D. Francisco Monterde Ferrer

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia D. Vicente Magro Servet