



Roj: **STS 1783/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1783**

Id Cendoj: **28079120012019100346**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2019**

Nº de Recurso: **10561/2018**

Nº de Resolución: **282/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 2630/2018,**
STS 1783/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 282/2019

Fecha de sentencia: 30/05/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10561/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10561/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 282/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 30 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Gines**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, que le condenó por delitos de agresión sexual sobre menor de trece años y delito de exhibición de material pornográfico entre menores, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Sra. Iniesta Medina y la recurrida Acusación Particular Dña. Noemi representada por la Procuradora Sra. Gómez Hernández.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION001 instruyó sumario con el nº 1 de 2014 contra Gines, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, que con fecha 10 de julio de 2018 dictó dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Primero. Se declara probado que durante el año 2012 y hasta agosto de 2013 el acusado Gines, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, mantuvo una relación sentimental análoga a la matrimonial con Noemi, madre de las menores Rafaela, nacida el NUM003 de 2003, y Reyes, nacida el NUM004 de 2006, conviviendo todos ellos en el domicilio sito en la CALLE001 número NUM005 de DIRECCION001. Segundo. Sobre el mes de septiembre de 2012, el acusado, al percatarse de que la menor Rafaela, que en ese momento contaba con 9 años de edad, se había introducido en la cama en la que dormían el acusado y la madre de la menor, actuando con el ánimo de satisfacer su apetito sexual, cogió la mano de la niña y se la introdujo dentro del calzoncillo que llevaba puesto, colocándose en el pene y obligándola a realizarle una masturbación. Tercero. Unos días después, aprovechando la circunstancia de que se quedó a solas de nuevo con Rafaela, el acusado se desnudó y la obligó a ella a desnudarse también bajo la amenaza de matar a su madre, haciéndolo la niña, a quien volvió a obligar a realizarle una masturbación con la mano, actuando el acusado con el mismo ánimo de satisfacer su deseo sexual. Cuarto. Días más tarde, el acusado, al encontrarse solo en el mismo domicilio con las dos menores, que estaban en una de las habitaciones, obligó a Rafaela y a su hermana Reyes, que entonces contaba con 7 años de edad, a realizarle cada una una felación, introduciéndoles su pene en la boca al tiempo que les decía "a ver quién me la pone más dura". Tales actos los cometió el acusado con el mismo ánimo de satisfacer su apetito sexual y amenazando a las niñas con causar daño a su madre si no accedían a su requerimiento. Quinto. De otro lado, en diversas ocasiones el acusado mostró en el domicilio a las dos menores durante ese período de tiempo vídeos de contenido pornográfico en los que aparecían hombres y mujeres o solo mujeres realizando actos de sexo explícito. Sexto. Finalmente, a primeros de octubre de 2012 el acusado llevó a Rafaela al taller de un amigo sito en la misma localidad de DIRECCION001 y después de decirle "voy a follarme a mi novia", subió con ella a una habitación situada en el piso superior, rogándole la niña que no le hiciera nada y respondiéndole el acusado que debía hacer lo que le pidiera o de lo contrario mataría a su madre. El acusado desnudó a Rafaela y la acostó en la cama boca abajo, seguidamente se desnudó él y la penetró con su pene por el ano con ánimo de satisfacer su deseo sexual, y mientras la penetraba pedía a la menor que gimiera como en las películas que veía".

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

"En atención a todo lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia ha decidido: Primero. Condenar a Gines, como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito continuado de agresión sexual sobre menor de trece años, un delito de agresión sexual sobre menor de trece años y un delito de exhibición de material pornográfico entre menores, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, por el delito continuado de agresión sexual, de quince años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta; por el delito de agresión sexual a la pena de trece años y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta y, por el delito de exhibición de material pornográfico, a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele igualmente la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años a cumplir con posterioridad a las penas de prisión. Segundo. Condenar a Gines a que indemnice Rafaela, a través de su madre Noemi, en 30.000 euros por el daño moral sufrido, y a Reyes, también a través de su madre Noemi, en 10.000 euros igualmente por el daño moral sufrido, más los intereses determinados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tercero. Condenar a Gines al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular. Para el cumplimiento de la pena privativa



de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa. Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo prevenido en el artículo 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en el plazo prevenido en el artículo 856 de dicha Ley " .

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado D. Gines , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Gines** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artículo 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quebrantamiento de forma, al no acceder a la práctica de la prueba testifical del Agente de la Guardia Civil número TIP NUM006 , interviniente en el Atestado que da origen a las actuaciones judiciales y concretamente en la exploración a la menor Rafaela , pese a tratarse de una prueba solicitada en el escrito de conclusiones provisionales por esta parte y haber sido declarada pertinente, habiéndose formulado protesta en el Acto del Juicio por la no práctica de dicha prueba, siendo trascendente dicha prueba para la defensa de esta parte.

Segundo.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por la vía del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción de precepto constitucional, por violación del artículo 24.1 º y 2º de la Constitución , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa, dimanante de no practicarse en el acto del juicio la prueba testifical del Guardia Civil número TIP NUM006 , agente que interviene en el atestado policial explorando a la menor Rafaela .

Tercero.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en base al artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción de precepto constitucional, por violación del artículo 24.2º de la Constitución , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, dimanante de ausencia de prueba de cargo e incorrecta valoración racional de la prueba practicada así como de su licitud y regularidad de la misma.

Cuarto.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en base al artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción de precepto constitucional, por violación del artículo 24.1 º y 2º de la Constitución , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa y derecho a la presunción de inocencia, con base en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , derivado de ausencia de prueba de cargo obtenida válida y lícitamente, en concreto de las exploraciones de las menores a través de la cámara Gesell así como las practicadas en el Acto del Juicio e Informes Periciales Psicológicos relativos a las menores obrantes a los Folios 69 a 79, 512 a 515 y 492 a 507 de las actuaciones y posterior ratificación de los mismos en el Acto del juicio Oral.

Quinto.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en base al artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción de precepto constitucional, por violación del artículo 24.2º de la Constitución , por vulneración del derecho a un juez predeterminado por la ley (juez imparcial), con base en el artículo 219.11º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por concurrir causa de abstención en los Magistrados designados para el enjuiciamiento y fallo de la causa, por pertenecer a la misma Sección de la Audiencia Provincial de Valencia que anteriormente dictó la sentencia condenatoria en fecha de 23 de Junio de 2.017 y que fue anulada por la Sentencia número 178/2018 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictada en fecha de 12 de Abril de 2.018 .

Sexto.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en base al artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción de precepto constitucional, por violación del artículo 24.1 º y 2º de la Constitución , derivado del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa y derecho a un proceso con todas las garantías, al no acceder a la solicitud formulada por esta defensa de que el acusado estuviera sentado junto a ella en el estrado así como no acceder a la petición de esta representación de no acceder a que las pruebas periciales de las peritos adscritas al Instituto de Medicina Legal de Valencia y del Centro de Asistencia a Víctimas de Agresiones Sexuales se efectuara de forma individual y no conjunta, constando las oportunas protestas contra las citadas denegaciones.

Séptimo.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en base al artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción de precepto constitucional, por violación del artículo 25.1º de la Constitución , derivado de vulneración del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad, por no ser los hechos constitutivos de delito de agresión sexual continuado sobre menor de trece años, de un delito de agresión sexual sobre menor de trece años y un delito de exhibición de material pornográfico entre menores.



QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la representación de la parte recurrida, impugnando igualmente el recurso y oponiéndose subsidiariamente, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 9 de mayo de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la sentencia nº 446/18 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, dictada el 10 de julio de 2018 contra la que se interpone recurso de casación por Gines , quien es condenado como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito continuado de agresión sexual sobre menor de trece años, un delito de agresión sexual sobre menor de trece años y un delito de exhibición de material pornográfico entre menores, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, por el delito continuado de agresión sexual, de quince años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta; por el delito de agresión sexual a la pena de trece años y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta y, por el delito de exhibición de material pornográfico, a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele igualmente la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años a cumplir con posterioridad a las penas de prisión.

Y a que indemnice a Rafaela , a través de su madre Noemi , en 30.000 euros por el daño moral sufrido, y a Reyes , también a través de su madre Noemi , en 10.000 euros igualmente por el daño moral sufrido, más los intereses determinados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

SEGUNDO.- Primer y segundo motivos. Al amparo del artículo 850.1 LECrim (el primero), y de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa del artículo 24.1 CE (el segundo).

Se hace mención en estos dos motivos a que el Guardia Civil número TIP NUM006 estuvo presente en la primera exploración de las menores y que su testimonio sobre las circunstancias de la exploración es importante.

Pues bien, se plantea, pues, que una de las testificales propuestas no se llevó a la práctica, por cuanto un testigo propuesto y admitido no compareció y en lugar de procederse a la suspensión del juicio se ordenó su continuación sin esta suspensión, lo que lleva a la impugnación por los dos primeros motivos.

Sin embargo, debe ponerse de manifiesto, en primer lugar, que con respecto a las pruebas testificales propuestas por las partes en su escrito de acusación o defensa puede darse la circunstancia en el día del juicio que uno de los testigos propuestos no comparezca, pero sin que ello dé lugar a un derecho de la parte, **siempre y en cualquier caso**, a suspender el juicio, a fin de que este testigo declare. Lo importante es valorar la "calidad" y "cualidad" de este testigo para incluirlo en la categoría de "cargo" o "descargo" y poner de manifiesto su carácter de "imprescindible" de cara al objeto del proceso penal, por cuanto no resulta viable suspender un juicio ante la incomparecencia en juicio de cualquier testigo, dado el derecho a contar, también con un juicio sin dilaciones indebidas.

Por ello, es preciso sentar una serie de reglas básicas en esta cuestión y que se centran en que esta Sala del Tribunal Supremo tiene declarado con reiteración que (entre otras Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 948/2013 de 10 Dic. 2013, Rec. 10342/2013):

"En relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) la doctrina del Tribunal Constitucional puede ser resumida en los siguientes términos (STC 86/2008, de 21 de julio y STC 80/2011, de 6 de junio):

a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda [por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio].



b) **Este derecho no tiene carácter absoluto**; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que **sean pertinentes**, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) **No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante**, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero, y 70/2002, de 3 de abril, por todas); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano:

1.- Por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y,

2.- Por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio; 359/2006, de 18 de diciembre; y 77/2007, de 16 de abril).

f) Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000, de 14 de febrero; 19/2001, de 29 de enero; 73/2001, de 26 de marzo; 4/2005, de 17 de enero; 308/2005, de 12 de diciembre; 42/2007, de 26 de febrero y 174/2008, de 22 de diciembre).

Asimismo, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1.995), y también ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.

Como señala entre otras, la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012, la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiese generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

A los efectos de esta revisión es determinante, como señalan la STC 308/2005, de 12 de diciembre y la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012, que la parte recurrente argumente, de modo convincente, que la resolución final del proceso "a quo" podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia, es decir que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo (SSTC 73/2001, de 26 de marzo, 168/2002, de 30 de septiembre y 71/2003, de 9 de abril, entre otras)".

Asimismo, esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, ha dicho que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no solo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo.



La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables.

La **necesidad** es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim . Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar.

El **canon de "pertinencia"** que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

Y hemos precisado que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio ex post.

No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión.

Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su **pertinencia** . Ha de afirmarse **su indispensabilidad** . La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

La STC 142/2012, de 2 de julio , al analizar el derecho a la prueba en el ámbito del art. 24.2 de la CE , argumenta que:

"...Este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige:

- 1.- **En primer lugar** , que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto.
- 2.- **En segundo lugar** , que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial.
- 3.- **En tercer lugar** , que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor.
- 4.- **Y, por último**, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero)". Y también tiene dicho (STC 45/2000, de 14 de febrero) que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución (SSTS 544/2015, de 25 de septiembre y 44/2016, de 3 de febrero , entre otras y con mención de otras)".

Nos situamos, pues, sobre la exigencia de conceptos como necesidad, pertinencia y **el juicio ex post a la sentencia para poder estar en condiciones de decidir si la prueba reunía esos requisitos**, una vez visto el contenido de la sentencia, la prueba que se llevó a cabo, la conexión de esa prueba con la practicada y si se causó indefensión a la parte que la propuso.

Pues bien, dado que se alega que no se pudo llevar a cabo la declaración de un agente de la guardia civil en relación a lo que "ante ellos" declaró un menor hay que precisar en este punto que:

- 1.- **No existe un derecho absoluto de las partes a que declaren en el plenario todos y cada uno de los testigos** que fueron propuestos en los respectivos escritos de las partes.
- 2.- **Sólo cabe categorizar como "indispensables" a los testigos que son "de cargo o de descargo "** para que no pueda hacerse prescindir a la acusación o defensa de testigos que son "únicos" e indispensables para el posterior proceso de convicción del Tribunal acerca de lo que ocurrió.
- 3.- De no comparecer un testigo al juicio la parte que lo propone puede valorar su necesidad y pertinencia, pero, sobre todo a los efectos que aquí nos interesan, **su insustituibilidad** , de tal manera que no se le podrá interrogar a ningún otro testigo acerca de los extremos por los que se le quiere preguntar a ese testigo que no ha comparecido.
- 4.- **Si no comparece un testigo de cargo o descargo la parte debe instar la suspensión, si es denegada expresar su protesta, y, al mismo tiempo, hacer constar en el plenario cuáles fueron las preguntas "insustituibles" que se le quería hacer a este testigo** cuya incomparecencia le causa un perjuicio grave en el proceso de convicción, de tal manera que otro testigo no podrá suplir en ningún otro caso el conocimiento aportado por este testigo que no comparece y que ningún otro testigo podrá aportar, ya que el proceso de



convicción del Tribunal ante la testifical no se produce en razón al criterio de "la cantidad de los testigos que declaran acerca de un extremo", sino por la convicción con la que declaran y sobre la búsqueda de la verdad material, no siendo preciso el número de los testigos, sino la calidad de los que declaran.

Pero es que, además, es clave hacer ver que estas preguntas que no se le hicieron fueron las que le causaron indefensión a la parte que había propuesto a este testigo.

Respecto de la protesta se ha recordado que este requisito de la protesta formal es imprescindible para la queja impugnativa posterior, ya que está exigida legalmente. Significa que debe plantearse ante el juez que acordó tal medida denegatoria que se replantee la decisión a la vista de la proporcionalidad de la decisión y poner de manifiesto que la parte no se aquieta a la denegación de la prueba.

5.- **La trascendencia de la inadmisión.** Quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa.

6.- Por ello, ante la pregunta: ¿Es causa de suspensión de juicio la incomparecencia de un testigo? La respuesta que debemos dar es la remisión al artículo 746 Lecrim, que recoge los supuestos de suspensión del juicio y en el nº 3 señala que 3.º **Cuando no comparezcan los testigos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes y el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos.**

Debe valorarse, con ello, si el testigo es, o no, de cargo.

Pues bien, en este caso señala el Tribunal que *el relato de las menores es de una extensión tal y cuenta con una riqueza de detalles tal que no puede aceptarse como posible que hubieran sido capaces de memorizar tan extenso y detallado relato y de exponerlo en la forma en que lo hicieron (en los momentos iniciales) tanto ante la doctora que las atendió el 12-09-2013, como al día siguiente ante la Guardia civil (como ratificaron en el juicio oral los agentes).*

Con ello, si declaran dos agentes sobre lo que a ellos se les expuso en la primera exploración, no tiene la categoría que se pretende la no suspensión del juicio por la incomparecencia de otro agente policial que estuviera presente en la declaración para responder a las preguntas acerca de *si la menor espontáneamente contaba los hechos, si estaba sola, acompañada por la madre, si la madre intervino en dicha exploración en algún aspecto, si el Agente observó algún dato que pudiera influir en la exploración, etc.*

En cualquier caso, se insiste en que estas cuestiones se deben pronunciar al momento de la petición de suspensión del juicio, no obstante lo cual no podemos olvidar que a la hora de graduar la pretendida indefensión hay que precisar el limitado alcance del valor probatorio de lo que el agente escucha a un testigo, sea víctima, o no, en dependencias policiales, que es lo que se pretende trasladar en este punto, ya que el proceso de convicción se forma en relación a lo que declaran los testigos en el plenario, no en relación a lo que los testigos agentes policiales han escuchado a otros testigos que declaran en dependencias policiales, y el grado de credibilidad que les merecen las declaraciones vertidas en estas dependencias, lo que no puede elevarse a la categoría de prueba de cargo, por lo que la trascendencia ex post que pretende darle la recurrente a la incomparecencia y no suspensión no tiene la relevancia que se pretende para la estimación de los motivos.

En efecto, este Tribunal Supremo ha señalado en sentencia 478/2012 de 29 May. 2012, Rec. 11834/2011 que "con relación a la doctrina del propio Tribunal Constitucional "este Tribunal ha establecido muy claramente que las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales" (STC 217/1989) (STC 79/1994)". Y se insiste en que **en estas declaraciones de testigos ante los agentes policiales nos encontramos en la fase "preprocesal"**, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía. Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 Ley de Enjuiciamiento Criminal, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial.

Ciertamente se hizo allí una referencia obiter dicta a la eventual incorporación de la declaración policial mediante la intervención de los policías que la recibieron declarando en juicio como testigos. Dicha posibilidad ha de ponerse en relación con la excepción admitida en algunos casos para los supuestos en que no es posible obtener la reiteración de la declaración ante el juez".

Es decir, que el valor de lo que un agente pueda declarar en el plenario de lo que escuchó a un testigo/víctima en dependencias policiales, a fin de que el agente pueda valorar "la credibilidad" de la declaración del testigo no puede elevarse a la categoría de prueba de cargo si uno de los agentes que escuchó al testigo declarar



en dependencias policiales no declara. Y ello, porque no es prueba de cargo, en razón a que la prueba es en relación a su conocimiento de un hecho por haberlo visto o haber actuado, no en razón a la mayor o menor credibilidad que pueda darle un agente a lo que un testigo declara en dependencias policiales, insistiendo en que **nos encontramos en la fase preprocesal de investigación policial, y no de una incomparecencia al plenario de un testigo de cargo que vio el hecho y no comparece, destacando el carácter "insustituible" de un testigo si así se acreditara que respecto de lo que vio es preciso que declare** porque se refiere, o está en relación a la comisión del hecho, no a narrar lo que otra persona le ha contado que le ocurrió, lo que degrada el carácter de prueba de cargo o descargo a la declaración de un agente sobre lo que él escuchó que una víctima declaró en dependencias policiales.

Como se apunta en la indicada sentencia de esta Sala nº 478/2012 de 29 May. 2012, Rec. 11834/2011 : A) *En cuanto a la validez probatoria de las diligencias policiales, la STC 36/1995, recogiendo numerosa jurisprudencia anterior, dejó establecido con claridad que tales diligencias sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo, válida para destruir la presunción de inocencia, cuando por concurrir "circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de esas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, éstos sí, con arreglo a las exigencias mencionadas con anterioridad" (fundamento jurídico 2º, con cita de las SSTC 303/1993, 283/1994 y 328/1994, entre otras). De otro modo, dichas diligencias no pasarán de constituir un mero medio de investigación que permite iniciar las averiguaciones del hecho perseguido, pero no constituirán por sí mismas prueba válida acreditativa de la comisión y autoría del hecho delictivo. B) Asimismo, en cuanto a la validez probatoria del testimonio de referencia de los funcionarios policiales que presenciaron la identificación fotográfica del hoy recurrente tiene igualmente establecido este Tribunal que sólo será admisible en supuestos de "situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal" (STC 79/1994, fundamento jurídico 4º), siendo medio de prueba "poco recomendable, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso" (STC 217/1989).*

También esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 487/2015 de 20 Jul. 2015, Rec. 10121/2015 señala que incluso con las declaraciones de los coimputados en dependencias policiales "Las declaraciones obrantes en los atestados policiales, en conclusión, no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, ni las autoincriminatorias las heteroinculporatorias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. Lo hemos dispuesto de ese modo, en relación con las declaraciones de coimputados y copartícipes en los hechos, por ejemplo, en las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, 206/2003, de 1 de diciembre 68/2010, de 18 de octubre. En suma, no puede confundirse la acreditación de la existencia de un acto (declaración ante la policía) con una veracidad y refrendo de sus contenidos que alcance carácter o condición de prueba por sí sola".

Y se añade que "Por tanto, forma parte del contenido natural del atestado la toma de declaración a cuantas personas pudieran contribuir al esclarecimiento de los hechos investigados. Concluidas las diligencias policiales, el atestado será remitido a la autoridad judicial, que podrá acordar la incoación del correspondiente proceso penal y, en caso de su prosecución, remitirá al tribunal sentenciador el atestado, como el resto de las actuaciones que conforman el sumario. Ahora bien, esta normal idoneidad del atestado para ser incorporado al proceso no equivale a considerar que las declaraciones que en el mismo se contengan constituyan un medio de prueba.

El legislador español, en su libertad de configuración de los medios de prueba admisibles en el proceso penal, aun permitiendo que declaraciones efectuadas en la fase sumarial puedan sustentar una declaración de condena, lo ha limitado a las declaraciones prestadas ante el juez de Instrucción. Sólo cuando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim) o una imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo siempre que se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en las que se documentaron, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo condición de que se trate de declaraciones prestadas ante el juez de Instrucción".

En consecuencia, lo que se pretende por la parte no puede sostenerse en su queja en los dos primeros motivos, ya que **esa declaración del menor ante los agentes es preprocesal**, por un lado, y **no tiene el valor que se pretende que un agente pueda relatar y explicar al Tribunal en el plenario lo que contó un menor en**



unas dependencias policiales y el grado de credibilidad que le merece a un agente esta declaración, siendo irrelevante, en consecuencia, que uno de los tres que lo escucharon no comparezca el día del juicio.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 3.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

Este motivo está relacionado con el siguiente en relación a la presunción de inocencia.

Sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS. 383/2010 de 5.5 , 84/2010 de 18.2 , 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12 , STS 45/2011 de 11 Feb. 2011) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).



Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE , sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dicto sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar **debe analizar el "juicio sobre la prueba"** , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, **se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"** , es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"** , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 :

" **El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral** .

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.

2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que **la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio"**.

b.- El segundo cuando **exige una valoración racional de la prueba testifical** .

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000 , 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , o de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en



virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de **verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada**, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria –art. 9-3º–, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005).

Pues bien, se plantean determinados extremos:

- 1.- El testimonio de las menores no es válido ni constituye prueba de cargo por cuanto que se alega que: incurren contradicciones sobre hechos esenciales entre sus declaraciones y la prestada por su madre en el acto del juicio respecto al contenido de los hechos que inicialmente cuentan a su madre, sobre la supuesta penetración anal de Rafaela, sobre la supuesta exhibición de material pornográfico; el momento de salida definitiva de las menores del domicilio del acusado; respecto a con quien se quedaban las menores diariamente; sobre supuestos abusos por personas ajenas al acusado; sobre supuestas penetraciones vaginales; sobre comunicación de los hechos por parte de las menores a personas diferentes de la madre; sobre actos de contenido sexual entre las menores; relatan haber sufrido hechos que resultan de imposible realización.
- 2.- El testimonio de la madre no constituye prueba de cargo.
- 3.- Resultando inválido a cualquier efecto probatorio e incriminatorio los informes periciales psicológicos relativos a las menores obrantes a los folios 69 a 79, 512 a 515 y 492 a 507 son inválidos y nulos de pleno derecho y carentes de toda validez probatoria.

Pues bien, para afrontar este motivo, que se relaciona con el siguiente hay que precisar los siguientes extremos de la sentencia que nos permiten analizar si se cometen las infracciones que se citan:

1.- Relato de hechos probados:

"Se declara probado que durante el año 2012 y hasta agosto de 2013 el acusado, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, mantuvo una relación sentimental análoga a la matrimonial con Noemi madre de las menores Rafaela y Reyes , conviviendo todos ellos en el domicilio....

Segundo. Sobre el mes de septiembre de 2012, el acusado, al percatarse de que la menor Rafaela , que en ese momento contaba con 9 años de edad, se había introducido en la cama en la que dormían el acusado y la madre de la menor, actuando con el ánimo de satisfacer su apetito sexual, cogió la mano de la niña y se la introdujo dentro del calzoncillo que llevaba puesto, colocándosela en el pene y obligándola a realizarle una masturbación.

Tercero. Unos días después, aprovechando la circunstancia de que se quedó a solas de nuevo con Rafaela , el acusado se desnudó y la obligó a ella a desnudarse también bajo la amenaza de matar a su madre, haciéndolo la niña, a quien volvió a obligar a realizarle una masturbación con la mano, actuando el acusado con el mismo ánimo de satisfacer su deseo sexual.

Cuarto. Días más tarde, el acusado, al encontrarse solo en el mismo domicilio con las dos menores, que estaban en una de las habitaciones, obligó a Rafaela y a su hermana Reyes , que entonces contaba con 7 años de edad, a realizarle cada una, una felación, introduciéndoles su pene en la boca al tiempo que les decía "a ver quién me la pone más dura". Tales actos los cometió el acusado con el mismo ánimo de satisfacer su apetito sexual y amenazando a las niñas con causar daño a su madre si no accedían a su requerimiento.

Quinto. De otro lado, en diversas ocasiones el acusado mostró en el domicilio a las dos menores durante ese período de tiempo vídeos de contenido pornográfico en los que aparecían hombres y mujeres o solo mujeres realizando actos de sexo explícito.

Sexto. Finalmente, a primeros de octubre de 2012 el acusado llevó a Rafaela al taller de un amigo sito en la misma localidad y después de decirle "voy a follarme a mi novia", subió con ella a una habitación situada en el piso superior, rogándole la niña que no le hiciera nada y respondiéndole el acusado que debía hacer lo que le pidiera o de lo contrario mataría a su madre. El acusado desnudó a Rafaela y la acostó en la cama boca abajo, seguidamente se desnudó él y la penetró con su pene por el ano con ánimo de satisfacer su deseo sexual, y mientras la penetraba pedía a la menor que gimiera como en las películas que veía".

2.- El interrogatorio de las menores y la reproducción con cámara Gesel.

Señala el Tribunal que:

a.- Preguntas del psicólogo:

"No se ha observado en general esa conducción reprochada por la defensa, sino en todo caso una insistencia en el esclarecimiento de determinados puntos del relato de las menores que en el momento de la exploración no quedaban suficientemente esclarecidos. En todo caso, salvo la utilización de alguna expresión que pudiera ser inadecuada (como la palabra "tocamientos"), la psicóloga podrá haberse mostrado insistente, pero de ninguna manera indujo respuestas de las menores o las desvirtuó".

b.- Declaran las menores en el juicio además de la reproducción de la grabación previa:

" Las menores fueron exploradas, como antes se dijo, mediante la Cámara de Gesell y en el segundo juicio oral se reprodujo la grabación obtenida, y además ambas menores declararon en el acto del segundo juicio oral presencialmente, bien que a través de videoconferencia, hallándose las menores en una sala contigua, declarando una después de otra sin hallarse presente la madre, y respondieron a cuantas preguntas les fueron hechas tanto por el Ministerio Fiscal y la Abogada de la acusación particular como por el Abogado del acusado, sin ninguna limitación ni cortapisa pese al indudable sufrimiento que les causó la reproducción del interrogatorio, como fácilmente puede advertirse al visionar la grabación del juicio oral. Y se pudo comprobar que ambas menores (en especial Rafaela por razón de su edad), describieron con detalle todos y cada uno de los episodios que se han descrito en el relato de hechos probados, describieron con detalle la intervención que tuvo cada una de ellas, así como la concreta naturaleza de los actos de inequívoca índole sexual a cuya práctica fueron requeridas por el acusado".

3.- Las declaraciones de las menores. Posibles contradicciones y valoración por el Tribunal. Su referencia en relación a las periciales.

Señala el Tribunal que:

Valoración con respecto a la declaración de las menores.



"El acusado afirmó que las menores se limitaron a hacer un falso relato aleccionadas por su madre. Sin embargo, tal afirmación no puede ser aceptada en la medida en que el relato de las menores es de una extensión tal y cuenta con una riqueza de detalles tal que no puede aceptarse como posible que hubieran sido capaces de memorizar tan extenso y detallado relato y de exponerlo en la forma en que lo hicieron (en los momentos iniciales) tanto ante la doctora Verónica que las atendió el 12-09-2013, como al día siguiente ante la Guardia civil (como ratificaron en el juicio oral los agentes).

No puede olvidarse además que eran dos las menores que hubieron de relatar los abusos denunciados y que la corta edad de la de menor edad (Reyes) necesariamente dificultaba la memorización de un relato que no hubiera sido vivido por ella.

En lo que concierne a la **credibilidad objetiva**, se alegó por la defensa que no se aportó a las actuaciones ninguna clase de corroboración objetiva del relato expuesto por las menores y que, por el contrario, la prueba practicada apuntaba a la falsedad del mismo.

En este sentido, declararon dos vecinos (Herminio y Adela) que afirmaron que la relación entre el acusado y las niñas era buena, que el acusado actuaba como un padre con ellas y que no apreciaron nada extraño.

También las profesoras y psicólogas del colegio al que asistían las menores (Alejandra , Casilda , Amalia , Celestina y Apolonia) afirmaron que no apreciaron ninguna anomalía en su comportamiento o en su rendimiento escolar durante el único curso en que asistieron al centro donde trabajan.

Igualmente aludió la defensa a la ausencia de vestigios físicos (pese a que se relató una penetración anal) y de informes psiquiátricos que acreditaran alguna secuela psíquica en las menores".

Incide el Tribunal en la siguiente explicación en cuanto a la declaración de las menores acerca de si hay contradicciones en sus declaraciones respecto de los hechos que ocurrieron y se reflejan en el relato de hechos probados:

"Coincidiendo con el criterio expresado por las peritas sobre la misma cuestión, no se estima que esas contradicciones o inconsistencias afecten al núcleo fundamental del relato de las menores acerca de las agresiones de que fueron objeto.

Ese relato, además de la primera exploración judicial a la que se le ha privado de efecto probatorio, aparece expuesto en diversos momentos y ante diferentes personas: a la doctora Verónica el 12-09-2013 (folios 9-10), a la Guardia civil el 13-09-2013 (folios 11 y 12), a la perito Sra. Eugenia para la elaboración de sus informes de fechas 22 y 23-04-2014 (folios 69-79), a la perito Sra. Fátima entre el 20-11-2013 y el 22-10-2014 (folios 492-507), en la exploración mediante Cámara de Gesell el 27-05-2016 (folios 487-490 y DVDs adjuntos) y en el acto del segundo juicio oral, en que ambas menores, separadamente, contestaron a cuantas preguntas, sin la menor limitación, les fueron hechas.

Aunque como parece razonable la mayor riqueza de detalles y la mayor información es obtenida cuando intervienen las psicólogas, **ya desde un inicio las menores relataban el núcleo fundamental de las agresiones imputadas al acusado y las contradicciones o inconsistencias que pueden apreciarse son en su mayor parte periféricas o bien han sido explicadas satisfactoriamente por las psicólogas.**

En este sentido, **no puede olvidarse la edad de las menores en el momento de los hechos y la consecuente dificultad para esperar de ellas unas reacciones o una actitud frente a unos comportamientos como los que son objeto de acusación**, similares a los esperables en un adulto.

Así ocurre con la insistencia de la defensa en considerar injustificable que con motivo del primer incidente descrito por Rafaela (los tocamientos en los genitales del acusado cuando se acostó en la cama con éste y su madre), que la menor no gritara o pidiera de alguna manera ayuda a su madre, que dormía en la misma cama. **Es posible que una niña de nueve años de edad no sepa reaccionar de otra forma más que con pasividad y docilidad** cuando aquél a quien trata como si fuera su padre le coge la mano y la obliga a masturbarle. También es verosímil que una vez que se ve amenazada por el acusado sea incapaz de decirle nada a su madre incluso en los momentos en que el acusado no estuviera presente.

Por lo demás, *es cierto que las menores incurrieron en alguna contradicción tanto con relación a las exploraciones que a cada una se le han ido practicando, como entre las versiones entre las dos menores.* No obstante **el esfuerzo de la defensa en destacar tales contradicciones, no puede desconocerse que el núcleo fundamental de lo relatado por las menores con relación a las agresiones sufridas, a la mecánica de su producción y a las circunstancias temporales y espaciales en que tuvieron lugar, ha sido persistente a lo largo de las distintas exploraciones.**



Con buen criterio, las acusaciones descartaron en sus conclusiones aquellos hechos sobre los que pudiera plantearse alguna duda en circunstancias relevantes y se limitaron a los **episodios reiteradamente descritos por las menores a lo largo de las distintas exploraciones de las que han sido objeto.**

Así, por ejemplo, pese a lo alegado por la defensa, la mención por parte de Rafaela al amigo del acusado (conocido como "Millonario", el testigo Salvador) en la segunda exploración judicial y no en la primera, no revela una mendacidad en la menor sino una distinta valoración por su parte de la gravedad del abuso en comparación con las agresiones que había sufrido por parte del acusado.

En todo caso, lo esencial es que **existe un relato sobre abusos y agresiones sexuales que se ha mantenido en el tiempo, constituyendo las contradicciones en que pudieron incurrir las menores a lo largo de sus comparecencias o con relación a lo declarado por su madre, precisamente la demostración de que lo que contaban no era una lección aprendida o sugerida por su madre, sino una vivencia que recordaban con las dificultades inherentes a su corta edad, a la reiteración de situaciones traumatizantes y a la normal carga emocional que implica recordar y rememorar tales situaciones.**

De hecho, pudo apreciarse en la exploración practicada mediante Cámara de Gesell (ya más de tres años después de los hechos) la **mayor soltura que había adquirido Rafaela para expresar sus recuerdos sobre lo sucedido, aunque siempre con una dificultad progresiva por el tiempo transcurrido**, mientras que Reyes (tres años más joven) mostraba más dificultad para recordar y expresarse.

En todo caso, **como explicaron las psicólogas, la credibilidad de las menores se muestra en la forma en que las dos menores describían las situaciones vividas con el acusado y en los detalles que aportaban, detalles que resultaban totalmente innecesarios desde el punto de vista de la posición acusadora e imposibles de exponer si se limitaban a relatar una lección aprendida de un adulto.**

En definitiva, **la declaración de las menores se mostró persistente en el tiempo, las contradicciones en que incurrieron no son relevantes ni desvirtúan su fiabilidad y el núcleo fundamental de lo relatado por ellas se mantuvo a lo largo de las distintas ocasiones en que hubieron de exponerlo.**

Finalmente, ese testimonio debe prevalecer no solo frente a las manifestaciones exculpatorias del acusado, sino también frente a lo declarado por el testigo Salvador, quien negó expresamente que el acusado hubiera tenido ocasión de abusar de las menores en su local. Como señaló el Ministerio fiscal, **la fiabilidad del testigo quedó notablemente perjudicada no solo por su especial vinculación con el acusado (los dos dijeron que eran como hermanos), sino también por su propio interés en exculparse y eludir cualquier responsabilidad que se le pudiera reprochar si permitía subir al acusado a las dependencias privadas del local** en compañía de Rafaela y diciendo "voy a follarme a mi novia", o incluso conociendo que Rafaela describió alguna situación que podía calificarse de abuso sexual por su parte.

En todo caso, hubo de reconocer el testigo que el acusado estuvo en ocasiones en su taller con las niñas. Además, en el juicio oral dijo no recordar si las niñas llegaron a estar en el altillo (la dependencia privada), salvo en una ocasión en que una subió para ir al servicio, añadiendo que era raro que hubiera subido con la niña y no lo hubiera visto. Sin embargo, Rafaela confirmó una estancia reiterada en el altillo al aportar detalles de la distribución de la dependencia ubicada en esa dependencia que confirman que había estado allí en más de una ocasión y permaneciendo durante un cierto tiempo, demostrando con ello la mendacidad del testigo. Y, en realidad, el propio acusado reconoció en el juicio oral que las niñas estuvieron en el altillo en más de una ocasión.

En definitiva, pese a lo alegado extensamente por la defensa, **se aportó al acto del juicio oral prueba de cargo suficiente para estimar acreditados, con una certeza más allá de toda duda razonable, los hechos objeto de acusación y expuestos en el relato de hechos probados de esta resolución.**

Matices nuevos o más claros cuando las menores declaran más tarde, con una mayor perspectiva acerca de lo ocurrido y, puede, que con matices distintos a sus primeras declaraciones sin que ello suponga una contradicción.

Señala, también, el Tribunal que especial consideración merecen las **declaraciones que las menores hicieron cuando comparecieron en el acto del segundo juicio oral**, en las que narraron de nuevo los hechos objeto de enjuiciamiento, repitiendo otra vez más lo que tantas veces dijeron en ocasiones anteriores.

Es de resaltar el **patente sufrimiento que ambas menores experimentaron al prestar sus declaraciones**, hasta el punto de que **quedaron interrumpidas por sus sollozos y excitación nerviosa**, habiendo **tenido que acudir el Presidente del tribunal, juntamente con el Ministerio Fiscal y los Abogados de la acusación y de la defensa, a hablar privadamente con ellas a fin de hacerles ver que tenían que tranquilizarse y contestar a las preguntas que se les hiciesen, en un último esfuerzo por zanjar definitivamente esta etapa de sus vidas**, cosa que finalmente



hicieron de una manera más que aceptable, respondiendo pacientemente a todo cuanto se les preguntó, sin limitación ninguna, tal y como se puede comprobar mediante el recomendable visionado de las grabaciones.

En dichas declaraciones se incorporaron algunos aspectos nuevos de los hechos enjuiciados, lo que denota con claridad que ambas menores, en especial la mayor **Rafaela**, estaban volviendo a revivir todo lo que les sucedió en sus relaciones con el acusado, excluyéndose cualquier atisbo de invención sugerido por la defensa del acusado, precisamente porque las declarantes **estaban haciendo un ejercicio de memoria que les llevaba a recordar aspectos de los hechos que, sin ser en sí mismos relevantes, circunstanciaban lo realmente sucedido, dotándoles así de mayor credibilidad.**

Son de subrayar, a este respecto, las manifestaciones de **Rafaela** relativas a que **con ocasión de que el acusado le mostraba vídeos pornográficos, él le decía que así lo tenía que hacer ella**. O también que el **acusado le decía que le chupara la polla y también que le chupara las tetas en ocasiones, obligándola a darle besos en la boca**. En otra ocasión señaló que el acusado "le comió el chichi" a su hermana delante de **Rafaela**, y **también le dijo a la hermana menor que aprendiera de su hermana sobre cómo chupársela**. Especial relevancia tiene el hecho de que el acusado regañaba a **Rafaela** diciéndole que se dejara "los pelos del chichi" y que no se depilase, porque si no al acusado no le gustaba, añadiendo que el acusado llegó a golpear a su compañera, la madre de las menores, porque ella se depilaba los pelos de los órganos genitales.

En relación con las amenazas que recibió del acusado, **declaró Rafaela que el acusado le dijo que si contaba algo cogería a cada uno de los "personajes" de su familia y los mataría delante de ella, y luego la mataría a ella misma**. Esto debe quedar conectado con el hecho de que **el acusado tenía varias armas y al parecer había realizado algunos actos sanguinarios con un perro o con una cabrita**, que fueron vistos presencialmente o en grabación de vídeo por las menores según ellas mismas manifestaron, lo que **da idea de que sus amenazas fueron tomadas muy en serio por ellas**.

En otra ocasión, recordó **Rafaela** que, hallándose en la litera superior, con ocasión de que su madre había salido, **el acusado le metió el meñique por la vagina y le llegó a decir que lo tenía casi todo dentro**, hallándose llorando ella en ese momento. Luego llamaron a la puerta, y como ella fue a abrirla, recibió una patada en su espalda, dándose un golpe con la cabeza contra la puerta.

En otra diferente ocasión, dijo **Rafaela** que el acusado la hacía sentarse encima de él en el sofá viendo la televisión en el comedor, y él le decía que le gustaba "restregarse su polla con su coñito".

También dijo Rafaela que en algunas ocasiones cuando ella se cansaba de moverle el miembro viril, él le decía que no se preocupase, que ya acababa él.

En relación con lo ocurrido en el taller de un amigo, que consideraba como su hermano, declaró **Rafaela** que el acusado le dijo a su amigo que "iba a follarse a su novia", preguntándole si le dejaba una habitación que tenía en la parte superior del taller. Una vez allí, **le dijo que se desnudase y él se untó de vaselina su miembro viril que le introdujo por el culo de ella, y así estuvo un buen tiempo mientras ella lloraba, añadiendo él que si recordaba los vídeos que le había mostrado y si se acordaba de cómo gemían, respondiéndole ella que sí, y él le dijo que hiciese lo mismo.**

Ese mismo amigo, con ocasión de haber ido a cenar a casa del acusado y decirle el acusado a **Rafaela** que le enseñase el caballo que habían comprado, comenzó a abrazar a la menor y a apretarla contra él, manifestando la menor que notó su miembro contra su cuerpo, y entonces el amigo del acusado le dio un beso y le dijo que también él quería a la novia de su "hermano". **Rafaela** se lo contó al acusado, y éste le dijo que no pasaba nada, porque su amigo era muy celoso y quería estar con todas las que el acusado había estado.

En definitiva, **todo este conjunto de hechos, algunos de los cuales han aparecido por vez primera en este momento procesal, revela que hubo mucho más que lo constituye el objeto del enjuiciamiento y que, desde luego, la imaginación de la menor Rafaela es incapaz de fantasear sobre tantos actos perversos para con una menor de edad**.

Esto permite llegar a la conclusión, una vez más, de que **nada de todo esto ha sido inventado, sino que lo declarado no es más que reproducción verbal de lo realmente ocurrido.**

Valoración del conjunto probatorio con la relevancia de la declaración de la víctima en delitos sexuales.

Como esta Sala ya expuso en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 351/2018 de 11 Jul. 2018, Rec. 1165/2017:

"Es de destacar la **importancia que tiene la declaración de la víctima que lo ha sido de delitos contra la indemnidad sexual**, hechos claramente rechazables en nuestra sociedad en los que se victimiza a una menor, como en este caso, y con el aprovechamiento de la confianza de una persona de su entorno, lo que hace, en



principio, más sencillo al autor del delito perpetrarlo amparándose en la confianza que sus lazos familiares le permiten el acceso y el contacto directo.

Sobre el valor de la declaración de la víctima esta sala del Tribunal ha señalado, entre otras en la Sentencia 935/2005 de 15 Jul. 2005, Rec. 567/2004 que "la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba efectuados en el juicio oral, contradictoriamente, y que la prueba haya sido obtenida y practicada de la forma que regula la ley procesal criminal, que la convicción judicial se obtenga con absoluto respeto a la intermediación procesal y que esta actividad y convencimiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia, de otro lado, se ha de resaltar, y en este punto se debe coincidir en que el convencimiento del Juzgador puede perfectamente lograrse por la declaración de un solo testigo, aun cuando ésta sea la propia víctima (SSTS 19-1 , 27-5 , y 6-10-88 , 4-5-90 , 9-9-92 , 13-12-92 , 24-2-94 , 11-10-95 , 29-4-97 , 7-10-98 ; STC 28-2-94).

En efecto la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del TS (SS706/2000 y 313/2002) como del TC (SS 201/89 , 173/90 , 229/91).

Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador.

Así el Tribunal Supremo parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuidos a jueces y Tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al Tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el Tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba".

En este caso la argumentación del Tribunal en cuanto a la valoración de la prueba es correcta y explicativa sobre el proceso llevado a cabo por el Tribunal para enervar la presunción de inocencia, en base no solo a la declaración de la víctimas, que en estos casos es relevante y determinante en casos de delitos sexuales cometidos con menores y la gravedad que ello supone para el desarrollo de su personalidad. Debe valorarse en estos casos, también, el perjuicio grave en el desarrollo futuro del menor de edad, como concepto a tener en cuenta en delitos de esta naturaleza perpetrados sin testigos y en un ambiente tan hostil para ellos como suponen los ataques sexuales cometidos por familiares, o de su entorno, como puede ser la pareja de su madre, lo que lleva consigo un ataque a su personalidad y a su desarrollo futuro que debe tenerse en cuenta en estos casos por la gravedad intrínseca que determina el ataque sexual de un adulto a un menor para el que esos hechos suponen un tremendo shock que influirá en su desarrollo y en sus relaciones personales, provocando, además, una barrera difícil de superar en atención al negativo impacto emocional que le provocan estos hechos que no comprende y que le causarán una "**servidumbre psicológica**" que está en contra de los principios protectores que rodean toda la legislación del menor, cuyo interés debe ser tutelado por afectar, también, a su propio desarrollo sexual y visualizar estos hechos como algo negativo en su futuro.

4. La prueba de los peritos psicólogos.

Señala el Tribunal que "En cuanto a la prueba pericial, la defensa interesa su nulidad por no estar basados en datos objetivos y ciertos, presentar déficits metodológicos en su elaboración, no estar fundamentados en datos empíricos que demuestren su fiabilidad y validez y presentar, además, determinadas carencias que relaciona. Es claro que más que a la validez de la prueba, las objeciones que presenta la defensa afectarían a la fiabilidad de la pericia.

En cualquier caso, pudo la defensa en el acto del juicio oral recabar de las tres peritos intervinientes toda aquella información que decía faltar en sus informes y si no lo hizo o lo hizo de forma parcial ninguna razón hay para dudar de la fiabilidad técnica de unos informes emitidos por tres peritos pertenecientes a un organismo oficial (el Instituto de Medicina Legal de Valencia) o con reconocimiento oficial (el Centro de Asistencia a Víctimas de Agresiones Sexuales), que en el juicio oral contestaron a todas las aclaraciones que se les requirieron por las partes".

La pericial en relación a las declaraciones de las menores

En el juicio oral la Dra. Verónica explicó que era normal que **no apreciara vestigios de la penetración anal** descrita por la menor Rafaela **dado el tiempo transcurrido desde la producción de los hechos (unos once**



meses), mientras que las **psicólogas explicaron que la certeza del relato de las menores era compatible con el hecho de que su comportamiento fuera normal en el colegio o con los vecinos**, porque las menores por propia supervivencia, hacen un **proceso de disociación entre los abusos que sufren y el resto de su convivencia** (incluso con su abusador), de tal forma que **las personas que las rodeaban no detectan ninguna anomalía**. De hecho, **ni siquiera su propia madre se percató de que ocurriera nada extraño** hasta que tras su ruptura con el acusado, las niñas le contaron lo que había sucedido.

Esa normalidad en el comportamiento hacia el exterior de las menores confiere un especial **valor a los informes psicológicos** aportados a las actuaciones que, además, en este punto resultan especialmente relevantes por venir confeccionados de manera independiente por el Instituto de Medicina Legal de Valencia (las peritas Adolfinia y Eugenia, cuyos informes obran a los folios 69-79) y por la Asociación CAVAS (la perita Fátima, cuyos informes obran a los folios 492-507), tratándose en ambos casos de profesionales cuya cualificación quedó expuesta en el acto del juicio oral. **Las tres peritas ratificaron en el juicio oral su seguridad acerca de que las dos niñas eran creíbles en sus testimonios descartando que estos fueran producto de una invención o una manipulación**.

La **fiabilidad de tales informes** viene además reforzada por el hecho de que la Sra. Eugenia tuvo ocasión de emitir primeramente el informe sobre credibilidad del testimonio en fechas 22 y 23-04-2014 y posteriormente (el 27-05-2016) intervino en la exploración realizada mediante Cámara de Gesell y, pudiendo valorar las versiones de las menores expuestas con dos años de diferencia, ratificó íntegramente sus conclusiones.

Por su parte, la perito Sra. Fátima tuvo ocasión de valorar y tratar a las menores en más ocasiones (6 sesiones con Reyes y 8 sesiones con Rafaela) a lo largo de once meses y, con toda la información que pudo obtener de las mismas, se mostró igualmente segura acerca de la credibilidad de su testimonio.

Precisamente, del **informe de la Asociación CAVAS** resulta otro elemento objetivo que corrobora el testimonio de las menores, como son las **alteraciones de carácter psicológico que les fueron detectadas y que se consideran proporcionadas y normales a su relato de los hechos denunciados**.

Así, se dice que Rafaela presentaba sintomatología ansiosa, rabia contenida, hipervigilancia, desconfianza, preocupación, alteración del sueño (pesadillas), afecto deprimido, inseguridad y miedo a represalias (folio 500) y que Reyes presenta preocupación, inseguridad y miedo a represalias, explicando la perito que esa sintomatología más leve es explicable porque por su corta edad (seis años) en el momento de los hechos, no los vivió de una manera traumática ni les dio la gravedad que les dan los adultos (folio 506).

5.- La declaración de la madre.

Señala el Tribunal que:

"Y, en lo que concierne a las contradicciones que la defensa destacó con relación a la madre, en modo alguno tienen la relevancia que les atribuye. Así, destacó que la madre declaró en el juicio oral que en cuanto sus hijas le dijeron que habían sufrido abusos por parte del acusado las llevó de inmediato a la Guardia civil y no las dejó seguir hablando, y que, por el contrario, los agentes de la Guardia civil manifestaron que la madre conocía detalles de las agresiones que se estaban denunciando.

Como en este caso está documentado lo que hizo la madre, es claro que esa contradicción solo muestra la dificultad de la madre para recordar lo que hizo, pero en modo alguno que mintiera en el juicio oral sobre ello. En efecto, consta que el 12-09-2013 Rafaela fue explorada por la Dra. Verónica en el Hospital y allí hizo un relato de las agresiones sufridas. La denuncia ante la Guardia civil y las exploraciones verbales practicadas ante la misma tuvieron lugar al día siguiente y, por tanto, cuando la madre ya había podido escuchar lo que su hija contó a la doctora. Queda, pues, documentado y explicado el motivo por el que la madre pudo narrar detalles de lo sucedido ante la Guardia civil y, obviamente, la contradicción destacada por la defensa en el juicio oral no obedece a mendacidad sino a una memoria defectuosa.

Del mismo modo, pese a lo alegado por la defensa, que la madre pudiera no haberse despertado cuando se produjo en la misma cama donde se encontraba el primer abuso por parte del acusado a Rafaela no demuestra que la menor mintiera sobre el abuso sufrido, sino simplemente, que el acusado actuó con el natural sigilo para evitar que se despertara la madre de la menor que dormía a su lado".

Pues bien, ante estos extremos es preciso llevar a cabo las siguientes precisiones:

- 1.- Se entiende que **ha habido prueba bastante y válida para enervar la presunción de inocencia**.
- 2.- La prueba ha sido practicada a presencia del Tribunal y **el proceso de motivación es correcto y válido**.



3.- Existe **suficiente motivación de la valoración de la prueba practicada** . La valoración no se aleja de los criterios racionales y razonables tenidos en cuenta en este tipo de casos, con una explicación razonada y suficiente de las pruebas que han sido tenidas en cuenta para formar el proceso de convicción del Tribunal.

4.- **Las posibles contradicciones señaladas por el recurrente son en parte aceptadas en su aspecto material y real, pero el Tribunal las explica con detalle en la sentencia y supone éste un razonamiento aceptable en el iter discursivo de las sucesivas declaraciones que han tenido que prestar las menores** desde su comparecencia en dependencias policiales hasta la celebración del segundo juicio que se celebra por la nulidad del primero, habiendo declarado tanto a presencia policial, como en sede judicial y plenario, como ante las sucesivas periciales que se les han hecho a las dos menores y la realizada por el método de la cámara Gesell.

Ello permite entender, y es razonable en este tipo de casos, que cuando se trata de delitos contra la indemnidad sexual de los menores respecto a hechos sucedidos a tan corta edad, como es este el caso (9 y 7 años de edad, no lo olvidemos) las víctimas de estos delitos (menores de edad, no lo olvidemos, y de tan corta edad) pueden incurrir en alguna contradicción con respecto a hechos que no solamente no entienden qué es realmente, aunque los rechacen, sino que no los entienden por su corta edad. Es evidente, ante ello, que puedan incurrir con el paso del tiempo, y más si se les requiere que presten declaración en varias ocasiones, en algunas contradicciones respecto de situaciones que han vivido en estado de miedo, de presión, de amenazas, y por la ascendencia y superioridad del autor de los hechos y su relación con su propia madre, lo que les lleva a una situación de absoluta subordinación frente al autor del delito de naturaleza sexual.

Pero es que, además, esta reiteración en las declaraciones de los menores de edad respecto a delitos sexuales de los que han sido víctimas les produce una revictimización al tener que repetir episodios y hechos que quieren borrar de su memoria, intentando en muchas ocasiones que se hiciera realidad ese "borrado mental". Es posible, por ello, que ante la repetición de interrogatorios, y, lo que es más importante en estos casos, ante la **distinta manera en la que se hagan las preguntas sobre hechos distintos** , las respuestas no sean sustancialmente iguales siempre y en todos los casos.

Además, puede ocurrir, como aquí se da, que cuando las menores declaren en el juicio oral tengan más grado de razonamiento y puedan recordar extremos que su mente quería haber olvidado, o introducir matices en sus declaraciones que antes no realizaron dada su menor edad. Esa diferencia del tiempo en las declaraciones sí que tiene una eficacia en el resultado formal de esas declaraciones, y que puede hacer ver que **no son todas esencialmente idénticas, al no repetir lo mismo exactamente igual, y poder introducir matices**, pero ello no quiere decir que mientan, sino que ello debe tenerse en cuenta dentro de la gravedad de unos hechos que en el cerebro de las menores existe el lógico e indudable deseo de que desaparezcan de su mente y de una realidad que han vivido, pero que no querían haberlo hecho.

Además, respecto de las declaraciones ante cámara Gesell lo ha explicado debidamente el Tribunal en cuanto a las lógicas preguntas que debe hacer con cuidado y "explicativas" el psicólogo para poder conseguir una contestación en un tema tan delicado como este. Hay que tener en cuenta que las preguntas del psicólogo en estos casos no son las que se hacen a un mayor de edad, sino que al menor hay que "darle vueltas" a la interrogante y ser cuidadoso para no victimizarles más. Pero es por ello, por lo que la explicación puede ser larga hasta llegar a lo que se quiere conocer y cuidando de no causarles un mayor impacto negativo a los menores, de ahí que es correcta la desestimación de la queja del recurrente en este extremo.

No podemos exigir, en consecuencia, una total identidad en las declaraciones en estos casos, sino comprobar si la valoración del Tribunal acerca de su proceso de convicción está razonado, como aquí ha ocurrido, destacando la lógica de esas contradicciones dentro de un proceso repetitivo de situaciones de ataque a la sexualidad de las menores.

Demolador ha sido el relato del Tribunal cuando explica lo ocurrido en las sesiones del segundo juicio ante los sollozos de las menores cuando tenían que explicar determinados extremos y la real victimización que supone someter de nuevo en el juicio oral a unos menores de edad a un interrogatorio de lo ya repetido previamente en la cámara Gesell, y en la obligación de llevarles a un Tribunal a volver a revivir el sufrimiento de una experiencia negativa tan grave como es la reiteración de delitos sexuales de que son víctimas los menores de edad. En cualquier caso, es doctrina de la Sala reiterada que la regla general es la de la declaración de los menores en el plenario, a fin de llevar a cabo el cumplimiento de los principios procesales de concentración, publicidad e inmediatez que se llevan a cabo con el interrogatorio de los menores, pudiendo adoptarse las medidas conducentes a evitar el proceso de victimización mediante la declaración por videoconferencia u otros medios tecnológicos que permitan su presencia, pero evitando el contacto con el acusado. Así, hemos expuesto recientemente, (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 178/2018 de 12 Abr. 2018, Rec. 1984/2017) que los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores



en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores.

Este fue el objetivo de la Ley 4/2015 respecto de los menores de edad. Sería deseable en estos casos que se motivara debidamente en el auto de admisión de pruebas del plenario cuando no se considera necesaria la declaración de los menores en el plenario cuando ya se les ha practicado la prueba por la vía del art. 433.4º LECRIM con las debidas garantías, explicándose el posible proceso de victimización en el caso concreto de los menores víctimas de delitos sexuales, a fin de motivar debidamente la no comparecencia en el plenario de los menores y la suficiencia probatoria de la reproducción de la grabación ex art. 433.4º LECRIM .

5.- La prueba pericial ha sido debidamente explicada por el Tribunal, siendo varias y todas enfocadas en la misma dirección con la exposición que se lleva a cabo y con la "autoritas" de las periciales practicadas que son debidamente explicadas por el Tribunal, y con sumo detalle, como se ha relatado. No existe, por ello, ninguna vulneración en orden a valorar debidamente estas declaraciones de los peritos en su exposición acerca de la realidad de lo vivido por las menores. Se concluye sobre la credibilidad y que no hay fabulación, ni razón tampoco para ello.

Respecto a la ausencia de vestigios se ha explicado de forma razonada por el Tribunal, ya que cuando se dan casos como este en los que se trata de supuestos en los que el autor del delito se "aprovecha sexualmente" de la presencia de menores de la pareja, el silencio de los menores ante la **"intimidación ambiental" que supone la ejecución de los hechos en un centro cerrado**, como puede ser el domicilio de un hogar, o cualquier otro lugar del que no se pueda salir tan fácilmente, da lugar a que los menores se callen y no lo cuenten, hasta que un hecho puntual, como puede ser el paso del tiempo, la ruptura de la relación de pareja de su madre con el agresor sexual, o el paso de los años y la negativa a seguir soportándolo al contar con una edad suficiente para darse cuenta del daño que están sufriendo y que no deben consentir, les hace rechazar los hechos y denunciarlos a su madre o en el centro escolar.

Pues bien, este retraso en denunciar o la falta de lesiones objetivables del acaecimiento de los hechos no puede operar en contra de los menores en los delitos de los que son víctimas de agresiones o abusos sexuales, ya que ese retraso mismo es lo que provoca que no puedan objetivarse esas lesiones que no han ocurrido, o que, de ocurrir, han desaparecido cuando los hechos se ponen en conocimiento de las autoridades, del centro escolar, o de la propia madre, de ahí que se desestime la impugnación de la carencia de lesiones objetivables con el fin de poner en duda la veracidad de las declaraciones de las menores y la realidad de los hechos ocurridos.

6.- Es también lógico en estos casos, como aquí se ha puesto de manifiesto con testigos que han declarado no percibir nada extraño externamente en las menores, que éstas guarden para sí estos hechos y no los externalicen por temor y miedo a las reacciones del agresor sexual, que, no lo olvidemos, es la pareja de su madre, estatus psicológico que se repite con mucha frecuencia en la sociedad y que lleva a los menores a silenciar, incluso a su madre, lo que está ocurriendo, y que solo lo cuenten cuando esta decide romper su relación pero por otros motivos.

7.- Los hechos narrados por las víctimas son de una gravedad extrema en un contexto de gran sufrimiento de las menores y sin haber dato alguno, ni tan siquiera indiciario que lleve al Tribunal a hacer dudar de la veracidad de sus declaraciones, siendo el contexto mismo de la gravedad de este tipo de casos lo que evidencia que las declaraciones de las menores puedan variar en algunos casos según la forma y modo en los que se hagan los interrogatorios que se hacen con los menores y que, indudablemente, les causan un obvio daño moral al hacerles revivir lo ocurrido una y otra vez. En su mente está, como es obvio, que acaben de una vez los interrogatorios, como lo estaba que acabaran de una vez los hechos de que fueron víctimas, ya que un posicionamiento psicológico en la mente de un menor nos debe llevar a admitir y comprender que vuelven a revivir los hechos en cada nuevo interrogatorio que se produce respecto a hechos tan graves como los reflejados en los hechos probados.

8.- Las explicaciones dadas por el Tribunal respecto a la declaración de la madre son lógicas y razonables en orden a otorgarle credibilidad a lo narrado sin que existan dudas acerca de la veracidad.

9.- Con respecto a la existencia de vestigios externos en este tipo de casos esta Sala del Tribunal Supremo, en sentencia 754/2012 de 11 Oct. 2012, Rec. 10041/2012 ya ha declarado que: "El delito de agresión sexual requiere violencia (o intimidación), pero en modo alguno que se ocasionen lesiones. La ausencia de señales físicas en el cuerpo de la ofendida o de otros signos externos, según tiene declarado esta Sala, no empece para la existencia del delito "la agresión sexual ofrece muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales algunas veces no es imprescindible que la violencia y la intimidación lleven consigo lesiones (STS. 686/2005 de 2.6 , 28.9.96)".

En consecuencia, la prueba practicada ha sido debidamente valorada y motivada y se entiende suficiente para la condena.

En cuanto a la responsabilidad civil señala el Tribunal que "en el caso de autos las cantidades que integran la responsabilidad civil se han fijado teniendo en cuenta la edad de las menores en el momento de los hechos, el período de tiempo durante el que se vieron sometidas a la ilícita actividad del acusado y la entidad de los ataques perpetrados por éste a su indemnidad sexual (notoriamente más graves en el caso de Rafaela)". Existe un evidente daño moral que ha sido apreciado por el Tribunal y que es consiguiente a la gravedad de los hechos que se han declarado probados y es conducta esencialmente indemnizable por el daño moral sufrido por las víctimas y que se patentizó en el mismo día del juicio, como se expone por el Tribunal. Resulta razonable la fijación del daño moral, cuya cuantificación fija el Tribunal en base al perjuicio causado, siendo difícil medir ese daño de forma justa en razón al daño psicológico que han sufrido las menores y que es indemnizable.

El motivo se desestima.

CUARTO .- 4.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia, del derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 y 2 CE).

Se ha explicado con detalle la existencia de prueba de cargo y cuál ha sido está debidamente valorada por el Tribunal.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 5.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 CE).

Se recoge que el segundo juicio y sentencia **también ha sido dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia** , si bien por otros magistrados integrante de dicha sección, pero que en todo caso, han tenido contacto con la causa, y consiguientemente con el contenido de la anterior sentencia que fue objeto de anulación por este Tribunal.

Supone un alegato totalmente rechazable, ya que se trata de la repetición de un juicio por "otros Magistrados" pero lo que se hace es lo que se debe llevar a cabo desde el punto de vista de la organización judicial interna en las Audiencias Provinciales, ya que cuando se anula un juicio y se ordena su repetición por el Tribunal Supremo la causa queda "en la misma sección" que ha tramitado la celebración del juicio; es decir, no se devuelve la causa a reparto de nuevo, ya que no se ha anulado el reparto a esa sección, o que la adjudicación de ese caso a esa sección ha sido improcedente porque se hayan vulnerado las normas de reparto, sino que lo que se anula es la intervención ex post de los mismos Magistrados, no que se quede la causa en la misma sección de la Audiencia Provincial.

Precisamente, lo irregular hubiera sido enviar la causa a otra sección, por cuanto no se anuló el reparto, sino el juicio, por lo que el hecho de que se celebre con otros Magistrados adscritos a la misma sección, si esta tiene más de tres, o procedentes de otras secciones, como ocurre en Audiencias Provinciales más reducidas en Secciones y Magistrados por secciones, no conlleva la afectación al juez predeterminado por la ley, porque es la Sección de la Audiencia la competente y el juez ordinario, y dentro de ella intervendrán otros Magistrados distintos a los que intervinieron en la primera ocasión, u otros adscritos a sección distinta, pero adscritos a esa sección por acuerdo de la Presidencia de la Audiencia Provincial de Valencia en este caso para poder celebrar ese juicio anulado. Esto es lo correcto en el funcionamiento interno organizativo de una Audiencia Provincial, habiéndose actuado correctamente en la designación de los Magistrados que debían celebrar el juicio de otro anulado por este Alto Tribunal.

El motivo se desestima.

SEXTO .- 6.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia, del derecho de defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 y 2 CE).

El recurrente considera infringido el derecho a la defensa, porque no se accedió a la solicitud de su Abogado de que se sentara en estrados junto a él, para poder ser aconsejado durante su interrogatorio, o para informarle de lo necesario durante los interrogatorios de los testigos. También considera infringido el mismo derecho al procederse a la práctica de la pericial psicológica de forma conjunta y no de forma separada según el objeto de sus respectivos informes (que eran distintos), porque al hacerlo de forma conjunta cada una tuvo conocimiento de lo que respondieron las que contestaron anteriormente.



1.- La petición de que el acusado esté sentado junto con el letrado es indudable que puede ser una práctica admitida, pero a los efectos pretendidos de la nulidad del juicio por esta razón no puede admitirse, porque la vulneración del derecho de defensa debe explicitarse de forma detallada.

Debe ponerse de manifiesto, y hacer un recordatorio de ello, de que es un derecho la cercanía del letrado y acusado en las sesiones del juicio al objeto de consultar alguna cuestión, o estrategia. Pero en este caso, no puede apreciarse la nulidad postulada, por cuanto con independencia de que se trate de un derecho que puede pedir la parte para consultar cualquier cuestión el letrado a su cliente acusado, ello no impide que si se hubiera dado el caso hubiera podido interesar el letrado del Tribunal que le hubiera permitido realizar cualquier consulta el letrado al acusado, si no estaba cerca de él en estrados como interesó. Pero no consta dato concreto, incidencia o pregunta que se le quiso hacer y no se hizo por prohibición expresa, más allá del mero alegato de la formalidad de haberse denegado la petición general de ubicación en estrados, que por sí mismo no puede conllevar la nulidad del juicio.

Para ello sería preciso alegar y probar en qué medida se perjudicó en el caso concreto el ejercicio del derecho de defensa ante cualquier situación concreta y detallada del desarrollo del plenario en el que el letrado hubiera necesitado elevar una consulta a su cliente y no le fue permitido, lo que no fue el caso, y que en el supuesto de que hubiera ocurrido, fijar en qué medida esa opción de la proximidad y la pregunta que le hubiera realizado sobre un determinado extremo hubiera sido relevante a los efectos de un adecuado y formal ejercicio del derecho de defensa.

Por ello, esta Sala ya ha señalado en varias resoluciones, entre ellas, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 1205/2018 de 6 Sep. 2018, Rec. 1503/2018 que:

"Tiene declarado esta Sala (vid. STS 253/2017, de 6 de abril) que, para apreciar la existencia de una indefensión, con transcendencia de lesión de un derecho fundamental, debe advertirse una efectiva y real privación del derecho de defensa. "Es obvio que **no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia : no existe indefensión con relevancia constitucional** , ni tampoco con relevancia procesal, cuando **aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada** , bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. **La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa** , privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 106/83 , 48/84 , 48/86 , 149/87 , 35/89 , 163/90 , 8/91 , 33/92 , 63/93 , 270/94 , 15/95)".

No se efectúa un dato concreto que sucedió, o pudo suceder, en el desarrollo del juicio que pudo ser precisa esa proximidad y cercanía, más allá de una genérica queja del rechazo de la petición de proximidad del acusado. Por ello, con independencia de que en determinados casos que podrá valorar el Tribunal, fuera positiva esa proximidad, como señala el art. 42.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en este tipo de procesos, si esto se alega en casación debe incidirse en cuál fue la indefensión, en qué momento, ante qué medio probatorio que se estaba practicando y en qué medida la acción de la defensa hubiera permitido alterar el proceso valorativo ante una prueba concreta, por lo que se desestima este punto.

2.- En cuanto a la circunstancia de que la prueba pericial se practicó de forma conjunta, y no de forma y manera individual, como ahora se postula señalar que se hizo en el desarrollo del plenario como se debe hacer.

Señala el recurrente que *Al hacerse conjuntamente, se permitió que cada una tuviera conocimiento de lo que previamente habían contestado las otras, por lo que sus pericias están contaminadas, además de que con ello se impidió que se pudiera llevar a efecto una verdadera contradicción respecto a sus informes.*

Es por ello, que al efectuarse conjunta y simultáneamente, se limitó gravemente el derecho de defensa, y consiguientemente el derecho a un proceso con las debidas garantías, y por ende, conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva. Por los motivos expuestos, debe de declararse la nulidad de la sentencia.

Nos encontramos, de igual modo, ante el mismo caso anterior, ya que no se puede asumir en qué medida puede haber causado indefensión la práctica de la pericial de forma conjunta, que es el modo y modelo acerca de cómo se debe practicar la pericial, ya que a diferencia de la testifical es irrelevante que se escuchen unos peritos a otros, ya que no declaran como los testigos acerca de lo que ven, sino acerca de lo que saben, y es por ello, por lo que es más positivo que declaren de forma conjunta para facilitar la comparación de pericias,



sin admitirse la contaminación, porque hay que hacer notar que hablamos de expertos, y que su posibilidad de influencia no es dato que deba medirse como en el de los testigos que deben declarar de forma separada para evitar esa contaminación sobre lo que "otros han visto o escuchado también".

Además, la práctica conjunta de la prueba pericial es admitida procesalmente como se llevó a cabo, siendo esta metodología de práctica la correcta, toda vez que esta posibilidad se encuentra prevista en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que prevé que los peritos declaren conjuntamente.

En este caso hablamos de pericias, y lejos de la indefensión que se predica, al contrario, la práctica conjunta conlleva enriquecimiento de los diferentes puntos de vista y el careo tácito que provoca esa presencia conjunta de los expertos para llevar a cabo la "comparación" de conocimientos y la mejor convicción del Tribunal acerca de lo que concluyen las pericias.

Esta Sala señaló en **sentencia del Tribunal Supremo 1289/2009 de 14 Dic. 2009, Rec. 1047/2009** que:

"En lo referente, por otra parte, a la forma de practicarse la pericial, resulta indudable que es mucho más fructífera su realización conjunta, en la que **lejos de temer "influencias" de un perito para con otro**, como argumenta el Recurso, por el contrario el debate se enriquece con la pluralidad de informaciones facilitadas por los peritos, poniendo de relieve sus respectivas opiniones, como fruto de la polémica que pudiera llegar a producirse o, en su caso, para afirmar la solvencia de las conclusiones de alcanzarse una múltiple coincidencia de los informantes".

Esta exigencia de práctica de prueba conjunta se refiere tan sólo para cuando los peritos tengan que declarar sobre unos mismos hechos, y en casos como el que ahora nos encontramos es preciso esta práctica conjunta para que el Tribunal pueda conseguir una valoración de la prueba con la intervención de todos los expertos que van a informar ante el Tribunal por los mismos hechos, lo que va a ser relevante y trascendente en el juicio de autoría. Por ello, su práctica conjunta no provoca indefensión alguna, ya que no se alega, ni detecta por esta Sala en qué medida esa indefensión puede producirse en una medida o forma de llevarla a cabo que es positiva para el Tribunal en su proceso de valoración conjunta de la prueba.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO .- 7.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del principio de legalidad y tipicidad (artículo 25.1 CE).

El recurrente argumenta que los hechos no son constitutivos del delito continuado de agresión sexual, o del delito de agresión sexual, ambos a menores de 13 años, ni de delito de exhibición de material pornográfico. Porque las amenazas se hicieron no para conseguir realizar los actos sexuales sino para que los actos ya realizados quedasen ocultos.

Alega que:

1.- No puede considerarse que las falsas amenazas vertidas por mi mandante de matar a su madre (Hecho probado tercero) así como la de causar mal a su madre (Hecho cuarto), de existir estarían dentro de las conductas enjuiciadas en la que ordinariamente se exige a la víctima que mantenga el secreto, pero no puede equipararse a la intimidación necesaria para vencer la resistencia de la presunta víctima.

2.- En todo caso, sería únicamente autor de un delito continuado de abusos sexuales a menores del artículo 183.1 del Código Penal.

Pues bien, señala el Tribunal que en el proceso de calificación de los hechos que "Los referidos hechos son constitutivos, con relación a Rafaela, de un delito continuado de agresión sexual sobre menor de trece años, previsto y penado en los artículos 183.2, 3 y 4.d) y 74 del Código Penal en su redacción vigente en la fecha de los hechos y, con relación a Reyes, de un único delito de agresión sexual sobre menor de trece años, previsto y penado en el artículo 183.3 y 4 d) del Código Penal en su redacción vigente en la fecha de los hechos".

Pues bien, recordemos cómo se describen los hechos probados para ver y valorar su ubicación en los delitos por los que se condena al recurrente:

1.- Sobre el mes de septiembre de 2012, el acusado, al percatarse de que la menor Rafaela, que en ese momento contaba con 9 años de edad, se había introducido en la cama en la que dormían el acusado y la madre de la menor, actuando con el ánimo de satisfacer su apetito sexual, cogió la mano de la niña y se la introdujo dentro del calzoncillo que llevaba puesto, colocándosela en el pene y obligándola a realizarle una masturbación.

2.- Unos días después, aprovechando la circunstancia de que se quedó a solas de nuevo con Rafaela, **el acusado se desnudó y la obligó a ella a desnudarse también bajo la amenaza de matar a su madre, haciéndolo**



la niña, a quien volvió a obligar a realizarle una masturbación con la mano, actuando el acusado con el mismo ánimo de satisfacer su deseo sexual .

3.- Días más tarde, el acusado, al encontrarse solo en el mismo domicilio con las dos menores, que estaban en una de las habitaciones, **obligó a Rafaela y a su hermana Reyes , que entonces contaba con 7 años de edad, a realizarle cada una felación, introduciéndoles su pene en la boca al tiempo que les decía "a ver quién me la pone más dura". Tales actos los cometió el acusado con el mismo ánimo de satisfacer su apetito sexual y amenazando a las niñas con causar daño a su madre si no accedían a su requerimiento.**

4.- De otro lado, en diversas ocasiones **el acusado mostró en el domicilio a las dos menores durante ese período de tiempo vídeos de contenido pornográfico en los que aparecían hombres y mujeres o solo mujeres realizando actos de sexo explícito.**

5.- Finalmente, a primeros de octubre de 2012 **el acusado llevó a Rafaela al taller de un amigo sito en la misma localidad y después de decirle "voy a follarme a mi novia", subió con ella a una habitación situada en el piso superior, rogándole la niña que no le hiciera nada y respondiéndole el acusado que debía hacer lo que le pidiera o de lo contrario mataría a su madre. El acusado desnudó a Rafaela y la acostó en la cama boca abajo, seguidamente se desnudó él y la penetró con su pene por el ano con ánimo de satisfacer su deseo sexual, y mientras la penetraba pedía a la menor que gimiera como en las películas que veía".**

Las precisiones que lleva a cabo el Tribunal al respecto para calificar los hechos como lo hizo son las siguientes:

1.- La totalidad de los contactos sexuales habidos entre el acusado y Rafaela se han integrado en un solo delito continuado y, por tanto, es irrelevante para la calificación del conjunto delictivo que el primero de esos episodios sea calificable solo como abuso sexual del artículo 183.1 en lugar de agresión sexual del artículo 183.2.

En todo caso se trata inequívocamente de actos de carácter sexual que atentan contra la indemnidad sexual de la menor y no se ha discutido que África era menor de trece años en el momento de los hechos.

2.- El segundo episodio situado unos días después en el que de nuevo el acusado se desnuda y obliga a Rafaela a masturbarle, constituye un nuevo acto de naturaleza sexual en el que, habiendo mediado ya la amenaza de matar a su madre, la calificación debe ser la de agresión sexual del artículo 183.2 y no la de abuso sexual.

3.- El tercer episodio descrito, en el que intervienen Rafaela y Reyes , va más allá en el ataque a la indemnidad sexual de las menores en tanto que el acusado **llega a conseguir que las dos le practiquen una felación y, por tanto, se introduzcan su pene en la boca .** Al concurrir la **misma intimidación (amenaza de muerte relativa a la madre de las menores) , la agresión debe tipificarse en el artículo 183.3 del Código Penal , habiendo cometido además el acusado dos delitos, en tanto que fueron dos las víctimas de la agresión sexual.**

4.- El cuarto episodio relativo a Rafaela , la penetración anal en el taller del amigo del acusado, integra igualmente una agresión sexual del artículo 183.3 del Código Penal , habiendo sido inequívoca la menor en cuanto a que esa penetración se produjo y siendo irrelevante que se introdujera la totalidad o parte del pene del acusado en la cavidad anal de la menor.

5.- En todos los contactos sexuales del acusado con las menores **concorre además el tipo agravado del artículo 183.4 d) del Código Penal , al haberse prevalido de la relación de superioridad** que mantenía con las menores derivada de su relación de pareja con la madre de éstas, de la consiguiente convivencia con las tres y de una posición que las propias menores asimilaban a la de su padre, siendo éste quien pasaba más tiempo con ellas porque su madre estaba fuera de la casa trabajando, y quien, por ejemplo, las llevaba y recogía del colegio, tal y como manifestó el propio acusado en el juicio oral.

6.- En el caso de autos **las dos menores manifestaron que el acusado les decía reiteradamente que si no accedían a hacer aquello que les ordenaba procedería a matar a su madre . Y semejante amenaza era suficiente para vencer su voluntad,** no solo por la ascendencia que tenía el acusado sobre las menores, sino porque además venía reforzada por la circunstancia de que el acusado tenía una pistola apta para disparar proyectiles, como reconoció el propio acusado en el acto del juicio oral, siendo tal hecho era conocido por las menores. Y también era conocida de las menores la condición del acusado como experto en artes marciales que el mismo acusado reconoció en el acto del juicio oral.

Dudó la defensa de que los efectos de esa intimidación hubieran tenido que desaparecer con motivo de la ruptura entre el acusado y la madre de las menores, pero **las psicólogas explicaron que precisamente fue cuando las menores estimaron que la ruptura era definitiva y que, por tanto, el acusado ya no iba a convivir con ellas cuando se vieron en condiciones de relatar a su madre las agresiones que habían padecido por parte del acusado.**

Finalmente, **todos y cada uno de los episodios de los que el acusado abusó o agredió sexualmente a Rafaela deben ser calificados como un único delito continuado de agresión sexual** (continuidad que en todo caso no se ha discutido por las partes) y no como dos delitos continuados.

7.- También son constitutivos los hechos declarados probados de un delito de exhibición de material pornográfico entre menores del artículo 186 del Código Penal, tal y como califican las acusaciones.

Las dos menores, en especial Rafaela, en la exploración llevada a cabo mediante la Cámara de Gesell, y también Rafaela durante el acto del segundo juicio oral, manifestaron que el acusado les ponía en su ordenador (y en menor medida en el teléfono móvil) películas que, por las detalladas descripciones que hacen las menores, contenían escenas de sexo explícito entre hombres y mujeres o solo entre mujeres y de inequívoca naturaleza pornográfica.

En el caso de autos, Rafaela explicó en su exploración mediante Cámara de Gesell que en muchas ocasiones el acusado ponía vídeos pornográficos y describió su contenido; en un momento posterior señaló que después de ver los vídeos el acusado se masturbaba delante de ellas y que alguna vez les pedía que se la chuparan o que le hicieran una paja. Esa **falta de conexión entre el visionado del material pornográfico y los abusos a las menores en una parte de las numerosas ocasiones en que se producía el visionado fue igualmente manifestada por Rafaela en su exploración ante la Guardia civil, mientras que Reyes en la exploración mediante Cámara de Gesell** solo ratificó el visionado de películas con contenido sexual explícito. En el acto del segundo juicio oral, fue solo Rafaela quien declaró que el acusado les ponía vídeos pornográficos, mientras que Reyes manifestó no recordarlo.

Por su parte, en los informes psicológicos tampoco aparece que las menores relacionaran en todos los casos el visionado de vídeos pornográficos con subsiguientes abusos.

En consecuencia, la exhibición de material pornográfico a las menores no queda en todos los casos absorbida por un ulterior abuso o agresión sexual a las mismas y, por tanto, es procedente su calificación como infracción penal autónoma en los términos interesados por las acusaciones".

En este sentido, podemos ver que en el caso de Rafaela se trata de una **progresión de una conducta sexual** que va incrementándose hasta que en el cuarto episodio realiza un acto de penetración con la menor, tras haberle, en dos ocasiones probadas, obligado a masturbarle, y en otra a llevar a cabo una felación, constituyendo un solo delito continuado en lugar de cuatro en concurso real. Nótese que, sea como fuere, existe intimidación al quedar como hecho probado las **amenazas reales y probadas que les dirigía el recurrente a las menores de que realizaran esos actos a los que les obligaba bajo la coerción de la amenaza de matar a su madre.**

Con la **progresión delictiva sexual integrada por actos de felación, masturbación y penetración**, finamente se tipifica por el Tribunal en la continuidad delictiva de agresión sexual y de un único delito de agresión sexual en el hecho probado de la felación en el caso de Reyes.

1.- Intimidación:

Señala el Tribunal en relación con la intimidación que:

"En relación con las amenazas que recibió del acusado, declaró Rafaela que el acusado le dijo que si contaba algo cogería a cada uno de los "personajes" de su familia y los mataría delante de ella, y luego la mataría a ella misma. Esto debe quedar conectado con el hecho de que el acusado tenía varias armas y al parecer había realizado algunos actos sanguinarios con un perro o con una cabrita, que fueron vistos presencialmente o en grabación de vídeo por las menores según ellas mismas manifestaron, lo que da idea de que sus amenazas fueron tomadas muy en serio por ellas.

2.- Convicción de la verosimilitud de las declaraciones de las menores:

El examen de la valoración de la prueba y su motivación en la sentencia es suficiente para el rechazo de los motivos del recurso, y así explica el Tribunal que "todo este conjunto de hechos, algunos de los cuales han aparecido por vez primera en este momento procesal, revela que **hubo mucho más que lo que constituye el objeto del enjuiciamiento** y que, desde luego, la imaginación de la menor Rafaela **es incapaz de fantasear sobre tantos actos perversos para con una menor de edad**. Esto permite llegar a la conclusión, una vez más, de que nada de todo esto ha sido inventado, sino que lo declarado no es más que reproducción verbal de lo realmente ocurrido". Además, queda corroborado por las pruebas periciales practicadas con profesionalidad y que llegan a la convicción del Tribunal de que las menores no fabulaban respecto al infierno en que "habían vivido" con episodios que un menor no puede comprender la etiología de esos sucesos y lo que puede pasarle por la mente a un adulto de llegar a someter a dos menores de edad, en edades tan tempranas a semejante sufrimiento que deben tener el reproche penal reflejado en la sentencia.



3.-Gravedad de los hechos y reprochabilidad penal:

La **gravedad de los hechos que han ocurrido y el especial reproche penal que deben tener estas conductas**, y que les ha provocado un trauma a las menores por la terrible experiencia vivida consta en la propia referencia que lleva a cabo el Tribunal cuando señala que: "Especial consideración merecen las declaraciones que las menores hicieron cuando comparecieron en el acto del segundo juicio oral, en las que narraron de nuevo los hechos objeto de enjuiciamiento, **repitiendo otra vez más lo que tantas veces dijeron en ocasiones anteriores** . Es de resaltar el patente sufrimiento que ambas menores experimentaron al prestar sus declaraciones, hasta el punto de que quedaron interrumpidas por sus sollozos y excitación nerviosa, habiendo tenido que acudir el Presidente del tribunal, juntamente con el Ministerio Fiscal y los Abogados de la acusación y de la defensa, a hablar privadamente con ellas a fin de hacerles ver que tenían que tranquilizarse y contestar a las preguntas que se les hiciesen, en un último esfuerzo por zanjar definitivamente esta etapa de sus vidas, cosa que finalmente hicieron de una manera más que aceptable, respondiendo pacientemente a todo cuanto se les preguntó, sin limitación ninguna, tal y como se puede comprobar mediante el recomendable visionado de las grabaciones".

4.- Continuidad delictiva.

Se ha descrito un comportamiento repetitivo hacia Rafaela con actos de masturbación, felación y penetración, en momentos temporales distintos que integran la continuidad delictiva.

Esta Sala señala en sentencia del Tribunal Supremo 667/2008 de 5 Nov. 2008, Rec. 11102/2007 esta continuidad bajo los parámetros de:

a) Pluralidad de hechos delictivos, antológicamente diferenciales.

b) Un planteamiento único en la acción que implica la unidad de resolución y propósito criminal. Se trata de un dolo global o de conjunto como consecuencia de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos, aunque puedan dejarse los detalles concretos de su realización para precisarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarla, siempre, sin embargo, con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Es, en suma, el elemento básico y fundamental del delito del art. 74, que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responde al aprovechamiento de idéntica ocasión.

c) Unidad del precepto penal violado, o al menos de preceptos semejantes y análogos, es decir, una especie de "semejanza del tipo" se ha dicho.

d) Homogeneidad en el modus operandi, por lo que significa la unidad entre las técnicas operativas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito.

e) Identidad en el sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo autor y de sujeto pasivo, en el supuesto de agresiones sexuales".

Circunstancias que concurren en el caso presente.

Con respecto a la concurrencia de la intimidación en este tipo de supuestos en donde los hechos probados no se califican de abuso sexual, sino de agresión sexual que, en este caso, para integrar el tipo penal de la agresión sexual por la que ha sido condenado el recurrente, hay que precisar que esta Sala tiene declarado sobre la concurrencia de la intimidación entre otras resoluciones que:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 22 May. 1996, Rec. 2487/1995 .

"En la "intimidación", vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante *la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado*, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado (Cfr. SS 10 May. 1988 , 28 Abr. 1989 y 6 Abr. 1992 , entre otras). La gravedad de la infracción se ha de valorar siempre en función de los factores concurrentes en cada caso, personales y circunstanciales, pero lo que deviene insoslayable es que pueda colegirse de los actos, gestos, actitudes y palabras que el agente se haya decidido a la provocación de inmediato de un mal o daño de suficiente entidad, caso de no accederse a sus lascivas proposiciones".

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 11 Oct. 1999, Rec. 1799/1998 .

"La intimidación que precisa el delito de agresión sexual, apreciada por el Tribunal de instancia y cuestionada en el presente motivo, entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona " .

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 136/2006 de 8 Feb. 2007, Rec. 1108/2006 .



"La intimidación no solamente resulta de lo declarado por las menores en el juicio oral, acerca de que se habían sentido intimidadas (dice la Sala de instancia, en palabras de una de ellas: "el miedo que sintió al advertir la presencia de un grupo de chicos mayores que ella y su amiga", junto a la frase citada, quedando "paralizada por el miedo"), sino de **la objetividad que proporciona la diferencia de edad**: 18 años frente a 13, que en esa franja es de una gran importancia. Del propio modo, de la situación de temor ambiental que crearon en todo el local, de modo que dominaban la situación, a modo, como lo habría hecho, una banda violenta.

Tal como recordaba la STS núm. 1259/2004, de 2 de noviembre, "hemos dicho en la STS núm. 73/2004, de 26 de enero, que "el artículo 178 del Código Penal define la agresión sexual como el atentado contra la libertad de una persona con violencia o intimidación. Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril, 21 de mayo de 1998, y 1145/1998, de 7 de octubre).

Mientras que **la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado** (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas".

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 32/2015 de 3 Feb. 2015, Rec. 1382/2014 .

"En los hechos consta la existencia de la intimidación, y ya se ha visto que esta fue hábil, hábilmente utilizada y suficiente para producir el efecto buscado. Consta asimismo que es de ese modo y por el uso de ese medio, como se produjeron luego diversos contactos sexuales con penetración vaginal y bucal. Y, en fin, está fuera de duda que... usó a ...fuertemente atemorizada, como simple objeto para obtener una gratificación sexual contra su voluntad.

Al respecto, la naturaleza de esos contactos está mutuamente aceptada y fuera de discusión, por tanto. Y el dato de que Amalia se avino a ellos, luego del primero, simplemente por temor y no como efecto de una decisión libre, resulta suficientemente acreditado, incluso con llamativa plasticidad, en vista de la crudeza de las expresiones con las que... manifestó sus exigencias mediante los mensajes de texto transmitidos a través del teléfono.

Concurrió por tanto el supuesto previsto en el art. 178 C penal, del modo que ha sido interpretado en multitud de sentencias de esta sala (por todas, la de n.º 307/2009, de 29 de enero)".

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 754/2012 de 11 Oct. 2012, Rec. 10041/2012 .

El delito de agresión sexual requiere violencia (o intimidación), pero en modo alguno que se ocasionen lesiones. La ausencia de señales físicas en el cuerpo de la ofendida o de otros signos externos, según tiene declarado esta Sala, no empece para la existencia del delito "la agresión sexual ofrece muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales algunas veces no es imprescindible que la violencia y la intimidación lleven consigo lesiones (STS. 686/2005 de 2.6, 28.9.96).

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 609/2013 de 10 Jul. 2013, Rec. 1917/2012 .

"Para apreciar la intimidación **este elemento debe tener relevancia objetiva** y así debe constatar en el hecho probado. **Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla** . El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente.

Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para



doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista **objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan**, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima.

Como ha establecido la jurisprudencia consolidada de esta Sala, la intimidación empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta.

También ha señalado la doctrina de esta Sala (sentencias 381/97, de 25 de marzo, 190/1998, de 16 de febrero y 774/2004, de 9 de febrero entre otras), que la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado".

7.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 480/2016 de 2 Jun. 2016, Rec. 10975/2015 .

"La jurisprudencia consolidada de esta Sala ha establecido que la violencia o **intimidación** empleadas en los delitos de agresión sexual **no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal**, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013)".

8.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 667/2008 de 5 Nov. 2008, Rec. 11102/2007 .

Al respecto y en relación a la intimidación hemos señalado, STS. 1689/2003, que el art. 178 CP . que describe el tipo básico de las agresiones sexuales vincula la presencia de la violencia o intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecte al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual.

La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (S.S.T.S. de 05/04/00, 04 y 22/09/00, 09/11/00 o 25/01/02 y 01/07/02, 23/12/02).

Es cierto que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, **este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla.**

El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. La S.T.S. 1259/04 expone que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos **han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto**, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción".

Analizada la doctrina al respecto de la Sala hay que precisar que en este caso, concurre una intimidación que podemos denominar "**intimidación ambiental en el hogar en delitos contra la indemnidad sexual de los menores**", debido a que el autor de los hechos se ampara en amenazas evidentes contra los menores que giran en varios extremos o giros, tales como: si no haces esto, pegaré o mataré a tu madre o a ti, o a tus hermanos. El agresor sexual se convierte en un amenazador permanente que con su conducta y ascendencia persigue y consigue vencer la inicial, y en muchos casos mínima oposición de los menores a llevar a cabo estos actos.



Pero en estos casos, el **vencimiento psicológico de los menores** para dejarse hacer esos execrables actos sexuales a los mismos, o *psychological intimidation* del derecho anglosajón, resulta más sencillo que en otros escenarios donde otras víctimas pueden tener alguna vía de escapatoria que resulta muy complicada en la intimidad del hogar, y en los momentos en los que la madre está ausente del hogar, que es donde el autor de estos delitos los comete de forma depravada y convirtiéndose en un acosador psicológico en lo atinente al vencimiento de sus deseos sexuales por la presión ejercida que no requiere que sea física, sino tan solo psicológica al influirles temor a los menores de las consecuencias de su negativa a sus deseos.

Nos encontramos con situaciones de actos sexuales causados, como en este caso, por personas de su entorno intrafamiliar y dentro del hogar, quienes no ejercen una violencia física sobre los menores para llevar a cabo el acto sexual con ellos, sino una intimidación psicológica para vencer su evidente resistencia a hacer lo que les piden los autores, o dejar que ellos hagan lo que pretenden con ánimo libidinoso. Es lo que en el derecho anglosajón, que ha tratado con frecuencia este problema de la delincuencia sexual en el hogar, se denomina *Sexual violence by intimate partners usually accompanied by physical and emotional violence* y que aquí también se evidencia como la violencia emocional que constituye la intimidación.

De esta manera, **la *emotional violence* anglosajona, o "violencia emocional", es la intimidación** que puede ejercerse sobre el sujeto pasivo del delito que puede llevarse a cabo de muchas maneras para vencer cualquier atisbo de resistencia del sujeto pasivo, lo que lleva a no precisar una expresa negativa del sujeto, sino que precisa que sea "evidente" ante cualquier persona esa violencia emocional que se ejerce y que ello tenga virtualidad y capacidad de trasladarse al sujeto pasivo que recibe esa "violencia emocional" de una forma evidente y claramente expresada, como aquí ha ocurrido además de con la amenaza que se ha constatado y recogido en los hechos probados.

Se produce, lo que los anglosajones que han realizado estudios sobre esta violencia sexual en el hogar contra menores por su propio entorno denominan en el derecho anglosajón como *sexual coercion unwanted is sexual activity that happens when you are pressured, tricked, threatened, or forced in a non physical way*; es decir, la **coerción sexual** como actividad sexual no deseada que ocurre cuando se los **presiona, engaña, amenaza o fuerza de una manera no física** .

Estas **formas de actuar** son lo que se concibe como "**intimidación** ", y es lo que determina que el hecho sea calificado de agresión sexual, y no de abuso sexual como pretende el recurrente, por lo que estas modalidades de ejercicio de una "fuerza no física", sino mental, deben ubicarse en el entorno de la agresión sexual por la presión psicológica que se ejerce sobre el sujeto pasivo del delito, y más cuando se trata de menores de edad.

No puede, así, admitirse la alternatividad que propone el recurrente de una continuidad delictiva de abuso sexual, suprimiendo la concurrencia de la intimidación, porque los actos intimidatorios quedan perfectamente reflejados en los hechos probados mediante las expresiones amenazantes del condenado a las menores y que producen a las mismas alto grado de credibilidad y convicción de la realidad de las amenazas proferidas y probadas, pese a ser cuestionado, dado que el miedo puede llegar a exponerse que es subjetivo, pero la coerción psicológica que se produce en un sujeto pasivo de una agresión sexual puede objetivarse en base a:

1.- Desarrollo de los acontecimientos en su forma de ejecución.

2.- Lugar en el que se producen, lo que en el seno del hogar, esa amenaza afectante personalmente y a su entorno familiar le produce un alto grado de credibilidad, teniendo en cuenta la menor edad de las víctimas de este delito.

En este sentido, los actos realizados en un lugar de donde es difícil la huida en un contexto de intimidación psicológica, coadyuvan a la situación de "vencimiento" de la víctima si en el contexto del acto de compeler a la voluntad de ésta no ve que pueda evitar el ataque sexual, lo que en el caso de menores en el hogar y bajo la existencia de amenazas encierra el contenido intimidatorio por el que el recurrente ha cometido los hechos.

3.- La intimidación empleada en los delitos de agresión sexual a un menor de edad no ha de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal. En este caso, la amenaza proferida y que llega a la convicción del Tribunal es suficiente para el contexto general de intimidación que se llevó a cabo y en una progresión delictiva continuada en el caso de Rafaela .

4.- La intimidación en los delitos sexuales a menores conlleva que exista una **situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad**, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. Pero nótese que ello es especialmente particular en el caso de los menores de edad en el seno de una actitud intimidante desde el punto de vista psicológico.



No se trata solo de que el autor del delito les obligue a realizar una conducta, porque el concepto de "obligación" no es por sí solo intimidante, ya que se requiere algo más, y en este caso va acompañado de una amenaza que los menores ven como serie, que es cuando provoca la intimidación, porque **el carácter intimidante no debe ser visto ad extra, sino ad intra, es decir, desde el grado de intimidación que la conducta del autor del delito provoca en el sujeto pasivo del delito**, y entenderse, también, como suficiente para conseguir y provocar un miedo o temor a la víctima de que algo malo pueda ocurrirles ante la negativa.

5.- Debe tenerse en cuenta que junto a la propia amenaza concurre en estos casos la objetividad que proporciona la diferencia de edad entre autor del delito y víctimas, lo que les sitúa en una posición que, sin embargo, exige de actos intimidantes objetivos que se realizan por medio de la amenaza creíble para las víctimas, ya que por sí solo esa diferencia de edad no provoca la intimidación, pero que coadyuva a ello en el contexto de la propia amenaza.

6.- En la "intimidación", vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario.

7.- La intimidación ha existido en este caso al margen de la menor edad de las menores, ya que se ha constatado una exteriorización de las amenazas a las mismas de llevar a cabo un mal que es perfectamente creíble y para causar daño a su madre, lo que ha integrado el convencimiento del Tribunal respecto a la amenaza proferida y creíble y que ha influido en la credibilidad de las víctimas, con independencia de la edad, y dentro de la capacidad de conseguir el vencimiento psicológico del sujeto pasivo.

8.- Los hechos probados denotan y revelan una clara situación de intimidación relatando los actos de amenazas en los actos llevados a cabo. Pero, es más, el clima vivido era amenazante por las expresiones que les había expuesto y que llegan al convencimiento de las víctimas de la posible, certera y real ejecución de la amenaza en el caso de negativa, lo que objetiva la intimidación y no la hace meramente subjetiva por el sujeto pasivo. Es esta objetivación de la intimidación lo que se desprende de los hechos probados.

Además, existe idoneidad en la amenaza para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, y que en este caso la "idoneidad" de la amenaza es notoria y constatada, así como creíble, como se ha esforzado el Tribunal en reflejar en su sentencia.

Y estas amenazas son evidentes, ya que el acusado cometió los actos (obligar a las menores a realizarle sendas felaciones) "amenazando a las niñas con causar daño a su madre si no accedían a su requerimiento"; de la misma manera, en el Hecho Probado Sexto, se dice "rogándole la niña que no le hiciera nada y respondiéndole el acusado que debía hacer lo que le pidiera o de lo contrario mataría a su madre". En cada uno de estos hechos se afirma que las amenazas se hicieron para vencer la oposición de las menores a realizar los actos que el acusado deseaba, por lo que la tipificación como agresión sexual es la correcta. Existe intimidación concurrente en la ejecución de los delitos.

Existe, por otro lado, una adecuada motivación de la individualización judicial de la pena impuesta en cuanto a Rafaela, dado que se fija que "Para el delito continuado de agresión sexual del que es víctima Rafaela se impone la pena en su máximo legal teniendo en cuenta que el mínimo imponible (por tratarse de un delito continuado y por la aplicación del tipo agravado del prevalimiento) ya es de catorce años y tres meses de prisión y que se han absorbido en un único delito dos agresiones sexuales con acceso carnal y dos agresiones (o una agresión y un abuso) sin acceso carnal.

Para el delito de agresión sexual del que es víctima Reyes se impone la pena en el mínimo legal de trece años y seis meses de prisión (por la concurrencia del prevalimiento), al no haberse aportado razones que justifiquen una penalidad superior.

Para el delito de exhibición de material pornográfico entre menores se opta por la pena privativa de libertad valorando en contra del acusado que fueron dos las menores víctimas del delito y valorando igualmente la edad de las mismas. Sin embargo, se impone la pena en el mínimo legal de seis meses de prisión teniendo en cuenta que no se ha concretado el número de exhibiciones que se llevaron a cabo por el acusado y que una parte de ellas quedaron absorbidas por ulteriores abusos.

Asimismo, procede imponer al acusado la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años a cumplir con posterioridad a las penas de prisión". Esta última medida conectada con la preceptividad de su imposición ex art. 192 CP.



Existe, pues, una justificación de la pena a imponer en el arco de la pena, ya que en el primer caso existen hasta cuatro actos sexuales incursos en la continuidad delictiva, donde están dos actos de masturbación, una felación y una penetración a una menor de edad, lo que denota una gravedad y una reprochabilidad penal ajustada ante la gravedad del hecho ocurrido con una menor y el impacto emocional y personal que ello le supondrá en el futuro.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 5/2019 de 15 Ene. 2019, Rec. 10387/2018 ya expusimos que:

"El caso concreto que analizó la sentencia para describir "la gravedad del hecho" para fijar la pena fue el de una agresión sexual con empleo de violencia e intimidación donde se alegó la continuidad delictiva porque se habían realizado tres accesos carnales, pero se aprecia un solo delito, pues la secuencia de agresión sexual que se describe en la sentencia se desarrolló entre el mismo acusado y la misma víctima, y se enmarca en un único espacio físico, el interior de un vehículo, y sin resaltar una fractura o diferenciación temporal entre los distintos hechos. Se refiere tres accesos carnales sucesivos, de modo que, al margen de su diversidad, se ejecutaron en un marco único de una relación sexual de cierta duración, obedeciendo a un dolo único o unidad de propósito, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia.

Pero lo que hace el Tribunal es aplicar la máxima pena en el arco de la mitad inferior del delito de agresión sexual con violencia para irse a la máxima de la mitad inferior motivándolo en razón a la "gravedad del hecho".

Y, por otro lado, al igual que en el caso del acto realizado con Reyes , con la penalidad debidamente justificada, ya que se ha llevado a cabo con una niña de 7 años de edad, y 9 en el caso de Rafaela .

El motivo se desestima.

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

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Gines** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, de fecha 10 de julio de 2018 , en causa seguida contra el mismo por delitos de agresión sexual sobre menores de trece años y de exhibición de material pornográfico entre menores. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina