



Roj: **STS 2245/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2245**

Id Cendoj: **28079120012017100426**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2017**

Nº de Recurso: **1914/2016**

Nº de Resolución: **415/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 1124/2016,**
STS 2245/2017

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal>

Sentencia núm. 415/2017

Fecha de sentencia: 08/06/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1914/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 01/06/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª

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

Transcrito por: ARB

Nota:

Resumen

Abusos sexuales sobre niñas de tres años. Desestimatoria.-

Contradicción. No es discutible que la defensa puede intervenir en la práctica de las pruebas de cargo y tiene derecho a la efectividad del principio de contradicción. Sin embargo ello no quiere decir que, para la validez de las pruebas de cargo que se practiquen en el juicio oral, sea preciso que haya intervenido en las diligencias de la instrucción, cuando sean reproducibles en el plenario y en este segundo momento se garantice la posibilidad de participación.

Animo libidinoso. La doctrina de esta Sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción. Actos de inequívoco significado y contenido sexual, susceptibles de afectar negativamente a la indemnidad sexual de las menores, lo que era, sin duda, conocido por el autor.

Prueba de cargo. Testigos de referencia. En la STC 41/2003, se reitera que el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, señalando como requisito adicional que la declaración de los testigos



de referencia se preste en el juicio oral con las debidas garantías de inmediación y contradicción. Para concluir que, cumplidas estas premisas, las declaraciones prestadas por los testigos de referencia pueden servir para desvirtuar la presunción de inocencia; en definitiva, para fundar la condena respetando el contenido esencial de este derecho (SSTC 209/2001, de 22 de octubre, FFJJ 5 y 6; 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 3).

Exploración de menores en fase de instrucción. Inconveniencia de la exploración en sede policial. Si lo que se pretende, siguiendo las indicaciones de esta Sala y de las disposiciones legales nacionales e internacionales orientadas a la protección del interés de los menores, es no someter a éstos a más interrogatorios que los que resulten imprescindibles, la primera exploración debe ser realizada ya en sede judicial, ya que solo en ella es posible preconstituir la prueba.

RECURSO CASACION núm.: 1914/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 415/2017

Excmos. Sres.

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

Joaquín Giménez García

En Madrid, a 8 de junio de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de Casación nº 1914/2016, por infracción de precepto Constitucional, interpuesto por el acusado **D. Arcadio**, representado por el procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, bajo la dirección letrada de D. Carlos E. Portalo Prada, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2ª), con fecha 26 de mayo de 2016. En calidad de parte recurrida, la acusación particular **D. Erasmo y Dª. Inocencia (padres de la menor)**, representados por la procuradora Dª. Paloma Rubio Peláez, bajo la dirección letrada de D. Federico Morote Pons.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 3 de los de DIRECCION000, instruyó diligencias previas de procedimiento Abreviado con el número 937/2011, contra D. Arcadio, y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2ª, rollo 63/2015) que, con fecha 26 de mayo de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«UNICO.- El acusado, Arcadio, mayor de edad, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el 15 de abril al 13 de mayo de 2011, en fechas no concretadas pero dentro del curso escolar 2010-2011, y en la denominada " DIRECCION002 " establecida en el centro escolar " DIRECCION001 " para que los niños del curso de tres años durmieran después de comer -entre las 13 y las 14:30 horas-, sala en la que el acusado presentaba su servicio laboral de monitor y donde debía ayudar a los niños a conciliar el sueño, en diversas ocasiones se acostó al lado de la menor Valentina - de tres años de edad y nacida el NUM000 de 2007-, y tapándola con la manta o con la bata de trabajo del acusado, procedía a realizarle tocamientos en sus zonas genitales, llegando en una ocasión -al menos, a bajarle las mallas y las braguitas para proceder a dichos tocamientos.

De igual manera, aprovechando idéntica situación y durante el mismo lapso temporal, al menos en una ocasión, procedió a realizarle tocamientos en la zona vaginal a la también menor Clara, de tres años de edad en cuanto nacida el NUM001 de 2007(sic)».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente **Parte Dispositiva**:



«Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Arcadio como autor, criminalmente responsable, en concepto de autor de un delito continuado de abusos sexuales del art.183.1 y 4a) en relación con el art. 74 del Código Penal, por los hechos referidos sobre la menor Valentina , a la pena de seis años de prisión, así como la inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión relacionada con el cuidado o educación de niños durante el mismo tiempo de la condena y conforme a lo dispuesto en el art. 57 del Código Penal, y prohibición de aproximarse a una distancia inferior de 500 metros del Centro Escolar " DIRECCION001 " y de la menor Valentina , a su domicilio o cualquier lugar frecuentado por ella y de comunicarse con la misma por cualquier medio por tiempo de 5 años. Todo ello con imposición de las costas, incluidas las de la acusación particular.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Arcadio como autor, criminalmente responsable, en concepto de autor de un delito de abusos sexuales del art.183.1 y 4a) del Código Penal, por los hechos referidos sobre la menor Clara , a la pena de cuatro años y un día de prisión, así como la inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión relacionada con el cuidado o educación de niños durante el mismo tiempo de la condena y conforme a lo dispuesto en el art. 57 del. Código Penal, y prohibición de aproximarse a una distancia inferior de 500 metros del Centro Escolar " DIRECCION001 " y de la menor Clara , a su domicilio o cualquier lugar frecuentado por ella y de comunicarse con la misma por cualquier medio por tiempo de 5 años. Todo ello con imposición de las costas, incluidas las de la acusación particular(sic)».

TERCERO.- Que en fecha 23 de junio de 2016 se ha dictado auto aclaratorio, con la siguiente **Parte Dispositiva:**

«SE ACUERDA LA ACLARACIÓN del Fallo de la Sentencia en el sentido de añadir al mismo:

"El acusado indemnizará a Valentina y a Clara a través de la representación legal de sus padres, a cada una de ellas, en la cantidad de 2.000 euros, siendo responsable civil subsidiario el centro educativo ' DIRECCION001 '".

Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que

proceden contra, en su caso, la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados(sic)».

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por **D. Arcadio** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el presente recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por **D. Arcadio** , se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Primero.- A tenor de lo establecido en el artículo 850 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haberse denegado alguna diligencia de prueba, que, propuesta en tiempo y forma por las partes se considere pertinente.

2.- Segundo.- A tenor del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por entenderse vulnerado el derecho fundamental a la defensa, a la práctica de los medios y diligencias de Investigación que sean considerados necesarios y pertinentes y un procedimiento con todas las garantías, provocando una situación de indefensión a mi representado.

3.- Tercero.- A tenor del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por entenderse vulnerado el derecho fundamental a un procedimiento con todas las garantías. Vulneración del Derecho Fundamental a la defensa. a la participación de la defensa en los medios de prueba declarados pertinentes. proclamado en el artículo 24 del texto constitucional.

4.- Cuarto.- A tenor del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por entenderse vulnerado el derecho fundamental a un procedimiento con todas las garantías. Vulneración del Derecho Fundamental a la defensa, a la participación de la defensa en los medios de prueba declarados pertinentes, proclamado en el artículo 24 del texto constitucional.

5.- Quinto.- A tenor del artículo 849.1 de la ley de enjuiciamiento criminal. Aplicación indebida de lo establecido en los artículos 183.1 y 4 a).

en relación con el artículo 74 del código penal y 183.1 y 4 a) del código penal en relación con el delito de abusos sexuales en continuidad delictiva. y abusos sexuales por el que ha sido condenado mi representado.

6.- Sexto.- A tenor del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por entenderse vulnerado el principio de presunción de inocencia que ampara a mi patrocinado. Inexistencia de prueba suficiente, obtenida con respeto a los principios y garantías procesales, que permitan afirmar la participación de mi representado como autor del delito de robo con violencia en casa habitada, detención ilegal, organización criminal y detención ilegal.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso de casación interpuesto, quedan instruidos del mismo, impugnando los motivos del recurso por las consideraciones que se exponen en los escritos que obran unidos a los presentes autos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.



SÉTIMO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 1 de Junio de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado por un delito continuado de abusos sexuales a menor de cuatro años, a la pena de seis años de prisión, y como autor de un delito de abusos sexuales a menor de cuatro años a la pena de cuatro años y un día de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 850.1º de la LECrim, se queja de la denegación de una prueba propuesta en tiempo y forma. Señala que prácticamente desde el inicio de la investigación solicitó una prueba pericial psicológica a practicar sobre las menores que fue admitida pero que luego no se llevó a cabo. Relata las distintas vicisitudes del proceso hasta llegar al escrito de conclusiones provisionales en el que interesó la práctica anticipada de una prueba pericial, designando la identidad del perito, que debería versar sobre la capacidad de simulación de las menores; las patologías psiquiátricas o psicológicas que pudieran presentar; la credibilidad de su testimonio en relación con las sucesivas manifestaciones; la posibilidad de sugestión o inducción del testimonio de las menores, interesando al entrevista con sus padres al objeto de valorar su influencia; si es explicable que una niña de tres años pueda recordar lo sucedido tres años después; y una valoración de las entrevistas llevadas a cabo sobre las menores y si coinciden con las conclusiones alcanzadas por la técnico de la Unidad de Valoración de Abuso Infantil en lo referente a la credibilidad de las menores.

En el segundo motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración de sus derechos a la defensa, a la práctica de los medios de investigación necesarios y pertinentes y a un proceso con todas las garantías, al habersele causado indefensión al denegarse una diligencia de investigación pertinente y admitida.

Como ha declarado reiteradamente esta Sala, el derecho a la prueba no es un derecho absoluto y admite modulaciones en función de las circunstancias de la causa, que pueden influir en la pertinencia, necesidad y posibilidad de la prueba que se propone por las partes. Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba "pertinentes", de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás (artículos 659 y 785.1 de la LECrim). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC nº 70/2002, de 3 de abril). Por ello, el motivo podrá prosperar cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del asunto (SSTC 50/1988, de 22 de marzo; 357/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre y 1/1996, de 15 de febrero; 37/2000, de 14 de febrero).

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por los artículos 785 y 786 LECrim cuando se trate de Procedimiento Abreviado. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS

nº 1591/2001, de 10 de diciembre y STS nº 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, (STS nº 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo sus propias características, sino también las demás pruebas ya practicadas y la decisión del Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del



caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica pudiera suponer la adopción de un fallo contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

En el caso, aunque el recurrente se refiere a lo ocurrido en la fase de instrucción, lo que resulta ahora relevante es lo relativo a la prueba que ha sido denegada para su práctica en el juicio oral. Y en caso de ser imposible en el plenario la prueba que pudo practicarse y no se practicó en la fase de instrucción, el análisis deberá versar sobre el valor probatorio de los elementos disponibles, en relación con la ausencia de prueba sobre aquello a lo que se refería lo solicitado en instrucción.

Pues, en casos como el presente, no es posible retroceder hasta la fase de instrucción y practicar aquellas diligencias no practicadas que tampoco pueden llevarse a cabo en el plenario. El enjuiciamiento tendrá que realizarse sin ellas, aunque haya de valorarse el significado que pudiera tener su ausencia.

En cuanto a la denegación de prueba para el juicio oral, la Audiencia Provincial ha entendido que, respecto de los aspectos de la prueba solicitada que pudieran ser pertinentes, bien pudo el perito emitir su informe, ya que se puso a disposición de la defensa todo el material de instrucción necesario para ello, sin que lo llevara a cabo.

Y, efectivamente, no todos los aspectos de la prueba solicitada pueden ser considerados ahora pertinentes. La capacidad de simulación de las menores cuando cuentan a sus padres lo ocurrido, no puede ser establecida mediante un examen o exploración que ha de realizarse necesariamente varios años después, con mayor razón cuando se trata de niñas que han crecido desde los tres hasta los nueve años, experimentando el desarrollo propio de esas edades; en cuanto a las patologías psiquiátricas o psicológicas, de los informes que constan en la causa no se desprende el más mínimo indicio respecto de su existencia que justifique un nuevo examen orientado en esa dirección; la determinación de la credibilidad, aunque aparezca en algunos informes, no corresponde al perito, sino al Tribunal, que deberá establecerla en relación al resto del material probatorio; la posibilidad de sugestión del testimonio por parte de los padres puede ser examinada por el Tribunal, tanto mediante el examen de las declaraciones ya prestadas en instrucción como en relación con las que presten en el plenario, sin necesidad de que intervenga para ello un perito psicólogo; la determinación de la capacidad de recuerdo tras el paso del tiempo es una cuestión general acerca de la que el perito puede informar; y la valoración de las entrevistas puede realizarse si el perito dispone de las mismas, como efectivamente sucedió.

Por lo tanto, el razonamiento de la Audiencia es correcto, en el sentido de que la suspensión del juicio oral no estaba justificada, ya que la defensa pudo contar con la prueba pericial en los aspectos pertinentes si hubiera procedido a recabar el informe del perito con la finalidad de aportarlo al plenario, proponiendo como prueba su declaración, lo que, de haber sido denegado, nos hubiera situado ante otro escenario diferente, en el que la inacción de quien reclama no estaría presente.

En consecuencia, ambos motivos se desestiman.

SEGUNDO.- En el tercer motivo, con el mismo amparo procesal, denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a la defensa y a la participación de la defensa en los medios de prueba, en relación con los informes psicológicos emitidos por organismos de la Administración que se llevaron a cabo sin conocimiento ni participación de la defensa.

No es discutible que la defensa puede intervenir en la práctica de las pruebas de cargo y tiene derecho a la efectividad del principio de contradicción. Sin embargo ello no quiere decir que, para la validez de las pruebas de cargo que se practiquen en el juicio oral, sea preciso que haya intervenido en las diligencias de la instrucción, cuando sean reproducibles en el plenario y en este segundo momento se garantice la posibilidad de participación. En relación a los testigos de cargo, el TEDH ha señalado en numerosas ocasiones que lo relevante es que la defensa tenga una oportunidad para interrogarlos, bien en el momento en que prestan la primera declaración, bien en el plenario o bien, en general, en otro momento.

En el caso, en ejercicio de sus competencias, los organismos del Consell Insular emitieron informes sobre las menores sin que en ellos interviniera la defensa o un perito designado por ella, lo que resulta lógico sin se tiene en cuenta que fueron realizados fuera del proceso, y sin intervención judicial. Lo cual no impide que en el momento en que tales informes son ratificados, aclarados, precisados o complementados en el plenario, que es cuando verdaderamente se practica la prueba, la defensa tenga la oportunidad de interrogar a quienes los hayan emitido, haciéndoles las preguntas o requiriéndoles las aclaraciones, precisiones o complementos que tenga por conveniente y que el Tribunal considera pertinentes.

Por lo tanto, en la medida en que la defensa ha podido proponer como prueba la declaración de los autores de dichos informes y nada le ha impedido participar en su interrogatorio en el curso del plenario, el hecho de que no hubiera podido intervenir en la fase de instrucción no supone una vulneración de sus derechos que pueda considerarse causante de indefensión.



Por lo tanto, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el cuarto motivo, también al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a la defensa y a la participación de la defensa en los medios de prueba pertinentes. Se queja concretamente de que no se le permitió participar en la exploración de las menores que tuvo lugar en la fase de instrucción.

Ya hemos señalado más arriba que no es lícito dificultar a la defensa la intervención en la práctica de las pruebas ni en las diligencias de investigación. El artículo 767 de la LECrim dispone de forma clara que desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada, y el artículo 118 de la misma ley reconoce el derecho de intervenir en las actuaciones que asiste a toda persona a la que se atribuya un hecho punible, desde que se le comunique la existencia de la causa, lo que habrá de hacerse a la mayor brevedad posible ("inmediatamente", artículo 118.5 LECrim).

Cuando se trata de menores, especialmente cuando según la denuncia han sido víctimas de delitos contra la indemnidad sexual, es conveniente proceder a su exploración, en sede judicial, mediante el concurso de expertos, adoptando las necesarias medidas de protección, generalmente consistentes en realizar la exploración en sala independiente, con comunicación visual y de audio con la que ocupe el Juez y las partes, y garantizando la posibilidad de contradicción, para lo cual es imprescindible dar a las partes la oportunidad de estar presentes y de efectuar las preguntas que consideren oportunas, siempre que sean consideradas pertinentes por el Juez, a través del cual se trasladarán al experto para que las formule a la persona explorada en la forma que considere más conveniente. La ley (artículo 433 de la LECrim) exige estas garantías para que, al tiempo que se protegen los intereses de la persona menor de edad, se asegure la eficacia de los derechos del imputado. De forma que la exploración deberá ser grabada por medios audiovisuales, y en el caso de que no resulte posible o procedente el interrogatorio de las víctimas en el plenario, deberá procederse a la visualización de esa grabación.

En el caso, la cuestión se presenta con algunos matices de interés. En primer lugar, tal como se señala en la sentencia impugnada, no consta documentado en forma alguna que la defensa hubiera intentado intervenir en la diligencia de exploración y que no le fuera permitido por el Juez. No se pone en duda la palabra del letrado, pero tratándose de una diligencia documentada mediante su grabación no puede prescindirse de que en ella no aparece ningún impedimento para la intervención del letrado de la defensa ni tampoco se hace constar protesta alguna por la decisión del Juez impidiéndole tal participación. De todos modos, en segundo lugar, el Tribunal razona en la sentencia que no tendrá en cuenta la declaración de las menores víctimas de los hechos, pues no han comparecido en el plenario como testigos, y la grabación de la exploración realizada en la instrucción resulta inutilizable dada su nula calidad. Por lo tanto, si la defensa tuvo la oportunidad de comparecer e intervenir en la exploración realizada como diligencia de investigación, sin que conste documentado que se le pusiera impedimento alguno, y principalmente, si la declaración de las menores no ha sido valorada como prueba, su queja no puede ser atendida, pues no se aprecia ninguna vulneración de sus derechos.

En consecuencia, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el quinto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la aplicación indebida del artículo 183.1 y 4.a) en relación con el artículo 74 y 183.1 y 4.a) del Código Penal (CP). Sostiene que no consta en los hechos probados la necesaria referencia al elemento subjetivo del injusto y sostiene que, en todo caso, los hechos descritos en el relato fáctico podrían ser constitutivos de vejaciones injustas. Cita jurisprudencia de esta Sala, y, concretamente la STS nº 547/2016, de 22 de junio.

Como el propio recurrente reconoce mediante la cita jurisprudencial que incorpora a su alegación, y tal como recuerda el Ministerio Fiscal, en la sentencia antes citada, transcrita en parte en el motivo, se recordaba que "la doctrina de esta Sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción. En tal sentido se pronuncia la STS 853/2014 de 10 de Diciembre". En el mismo sentido, en la STS nº 147/2017, de 8 de marzo, se afirma que "El bien jurídico protegido se fija por la Jurisprudencia en la denominada indemnidad sexual. Se recuerda así en la STS 54/2016, que el móvil del autor, singularmente el denominado ánimo libidinosos, resulta excluido como elemento del tipo".

Basta por lo tanto, con el dolo genérico, para cuya existencia, en lo que aquí interesa, es suficiente con constatar que el autor conoce el significado sexual de su comportamiento.

En el caso, el Tribunal declara probado que el recurrente, que prestaba sus servicios como monitor en el centro escolar DIRECCION001 , donde debía ayudar a los niños a conciliar el sueño a la hora de la siesta, en diversas

ocasiones se acostó al lado de la menor Valentina , de tres años de edad, y tapándola con la manta o con la bata de trabajo del acusado, procedía a realizarle tocamientos en sus zonas genitales, llegando en una ocasión, al menos, a bajarle las mallas y las braguitas para proceder a tales tocamientos. E igualmente se declara probado que aprovechando idéntica situación, procedió, al menos en una ocasión, a realizarle tocamientos en la zona vaginal a la menor Valentina , también de tres años de edad.

Por lo tanto, en el relato fáctico se describen unos comportamientos realizados por el acusado que tienen un inequívoco significado y contenido sexual y que son susceptibles, por su propia naturaleza, de afectar negativamente a la indemnidad sexual de las menores afectadas. Aunque esta clase de actos vienen generalmente acompañados del ánimo libidinoso, éste no es un elemento del tipo, por lo que no es preciso que conste en el relato de hechos probados. Por otro lado, no existe ninguna duda de que esa naturaleza de los hechos era percibida con claridad por el recurrente.

En cuanto a la pretensión del recurrente relativa a la consideración de los hechos como una vejación injusta, ha de ser rechazada dada la naturaleza de los hechos que se declaran probados, pues los tocamientos realizados en la zona genital de las menores superan el concepto de la vejación injusta, aplicable a conductas de menor entidad.

El motivo, pues, se desestima.

QUINTO.- En el sexto motivo denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues entiende que no ha existido prueba de cargo suficiente. Argumenta que el testimonio de Serafina , que el Tribunal considera esencial, presenta contradicciones, y examina las declaraciones prestadas en instrucción y en el plenario. Dice que, aunque la testigo declaró que en una ocasión vió al recurrente, después de estar con Valentina , levantarse y pasar delante de ella con una erección y el pantalón desabrochado, no describió ningún acto lúbrico. Tampoco de la declaración de la testigo se desprende que el que la menor tuviera sus ropas bajadas se deba a una acción del recurrente, y señala que aunque la testigo relata que veía la mano del acusado moverse bajo la manta, es explicable por su función de inducir a las niñas al sueño. En definitiva, dice, el testimonio no aporta ningún dato de contenido incriminatorio. El testimonio de otro testigo, Onesimo , no corrobora, sino que introduce dudas sobre el anterior, en tanto que relata que la otra testigo le dijo que no estaba segura. Se trataría, pues, de conductas extrañas, que a Serafina le generaron sospechas que, entiende que ahora no pueden ser valoradas como pruebas de cargo. Examina también el testimonio de Celestina , del cual entiende que no se derivan datos incriminatorios. Finalmente sostiene que no son valorables los testimonios de los padres por ser de referencia.

El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo, (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, permitiendo al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva oportunidad para proceder de nuevo a la valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar, de un lado, la regularidad de la prueba utilizada, es decir, su ajuste a la Constitución y a la ley, y, de otro lado, la racionalidad del proceso argumentativo. Esta forma de proceder en el control de la racionalidad del proceso valorativo no implica que el Tribunal que resuelve el recurso pueda realizar una nueva valoración de las pruebas cuya práctica no ha presenciado, especialmente las de carácter personal. Se trata, solamente, de comprobar que el Tribunal de instancia se ha ajustado a las reglas de la lógica, no ha desconocido injustificadamente las máximas de experiencia y no ha ignorado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, su valoración de las pruebas no ha sido manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente.



Por otro lado, en cuanto a la prueba indiciaria, la STS nº 220/2015, de 9 de abril, recogía el contenido de la STS nº 128/2011, de 18 de julio, la cual, enlazando con ideas reiteradísimas, sintetiza la doctrina sobre la aptitud de la prueba indiciaria para constituirse en la actividad probatoria de cargo que sustenta una condena: "A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 y 70/2010, FJ 3). Asumiendo «la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad» (SSTC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2 y 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3), sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando «la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3; 25/2011, de 14 de marzo, FJ 8).

Acerca de la validez de los testimonios de referencia como prueba de cargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mostrado una postura de especial prudencia en relación con la idoneidad de las declaraciones de referencia como elemento probatorio suficiente para fundamentar una condena penal, en la medida en que significan siempre una limitación de la posibilidad plena de defensa contradictoria (SSTEDH 19 de diciembre de 1990, caso Delta c. Francia, § 37; 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, § 35; 26 de abril de 1991, caso Asch c. Austria, § 28; 28 de agosto de 1992, caso Artner c. Austria, §§ 22-24; y 14 de diciembre de 1999, caso A.M. c. Italia, § 25).

Por su parte, la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido su admisibilidad, aunque reiterando que debe ser valorada con prudencia. Así, ha afirmado, entre otras STC nº 303/1993, de 25 de octubre, FJ 7 que «la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal puedan tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia», citando el artículo 710 de la LECrim, (STC 217/1989 , fundamento jurídico 5º). Aunque ha advertido que el que sea admisible y pueda operar como fundamento de una condena, no significa que por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, en alguna sentencia (STC nº 97/1999), ha recordado que la jurisprudencia del Tribunal (SSTC 303/1993 , 35/1995 y 7/1999) no ha admitido que la prueba testifical indirecta o de referencia «por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia», afirmando «que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral».

En alguna sentencia (STC nº 155/2002), se ha señalado el valor disminuido de esta prueba, pero en otras se ha admitido su valor probatorio cuando viene acompañada de otras pruebas o de otros elementos que corroboran su contenido. Así, ya en la STC 217/1989, de 21 de diciembre, el Tribunal Constitucional advertía que "en algunos supuestos de percepción propia, la declaración de ciencia prestada por el testigo de referencia puede tener idéntico alcance probatorio respecto de la existencia de los hechos enjuiciados y la culpabilidad de los acusados que la prueba testifical directa". En la STC 219/2002, se deniega el amparo en tanto que el recurso al testimonio de referencia se basó en la imposibilidad de contar con el testigo directo, y se tiene en cuenta que esas declaraciones no constituyen la única base probatoria que justifica la condena, en la medida en que además resultaron corroboradas por otros elementos incriminatorios soportados en la prueba referenciada.

Y, del mismo modo, en la STC 41/2003, se reitera que el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, señalando como requisito adicional que la declaración de los testigos de referencia se preste en el juicio oral con las debidas garantías de intermediación y contradicción. Para concluir que, cumplidas estas premisas, las declaraciones prestadas por los testigos de referencia pueden servir para desvirtuar la presunción de inocencia; en definitiva, para fundar la condena respetando el contenido esencial de este derecho (SSTC 209/2001, de 22 de octubre, FFJJ 5 y 6; 219/2002, de 25 de noviembre , FJ 3). En ese caso, en el que se habían enjuiciado unos abusos sexuales sobre una niña de dos años y medio, que no declaró por apreciarse falta de discernimiento, el TC aceptó como prueba añadida a los testimonios de referencia de la



madre y de la abuela, las manifestaciones de la perito psicóloga judicial, que consideró elemento bastante corroboración.

Esta Sala ha señalado, STS nº 586/2016, de 4 de julio, que cita la STS nº 757/2015, 30 de noviembre, que «éste sólo adquiere verdadero valor como prueba complementaria, para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien como prueba subsidiaria, sólo susceptible de valoración cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconoce su identidad, ha fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical».

Cuando se trata de testigos menores de edad, con mayor razón si aparecen como las víctimas de los hechos denunciados, esta Sala ha admitido que la imposibilidad de acudir al testigo directo está basada en la inconveniencia de someter a aquellos a un nuevo interrogatorio, acreditada por informes periciales adecuados. En este sentido, en la STS nº 71/2015, de 4 de febrero, se decía que esta Sala "ha estimado (SSTS 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras) que la previsión de «imposibilidad» de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores". Y, más adelante, se dice que «Cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos».

En el caso, ha de partirse de los datos que se manejan en la sentencia impugnada, así como de la extrema dificultad existente, dado el tiempo transcurrido, para rectificar algunas decisiones adoptadas en el curso del procedimiento.

De forma inconveniente se procedió a alguna exploración de las menores denunciadas en sede policial. Si lo que se pretende, siguiendo las indicaciones de esta Sala y de las disposiciones legales nacionales e internacionales orientadas a la protección del interés de los menores, es no someter a éstos a más interrogatorios que los que resulten imprescindibles, la primera exploración debe ser realizada ya en sede judicial, ya que solo en ella es posible preconstituir la prueba. La exploración en sede judicial tuvo lugar transcurridos cerca de tres años de la fecha de los hechos denunciados, lo cual, dada la edad de las menores supone un retraso que debió ser evitado. Una vez realizada, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que en las actuaciones consta un informe pericial desaconsejando nuevos interrogatorios de las menores, lo que explica y justifica su ausencia del plenario; y, en segundo lugar, que la mala calidad de la grabación ha impedido su utilización en el juicio oral, haciendo imposible valorar la exploración de las menores como prueba preconstituida. En definitiva, dadas las circunstancias de esta causa, era imposible disponer del testigo directo, lo que permite la valoración del testigo de referencia.

Tiene razón el recurrente cuando afirma que los testigos, incluyendo a Serafina, no han declarado haber visto directamente la ejecución de actos de significado lúbrico. Sin embargo, la ausencia de prueba directa sobre los hechos declarados probados no impide acudir a la prueba indiciaria. Y en ese sentido, las declaraciones de los testigos, tal como son recogidas en la sentencia, que las examina de modo expreso y detallado, aportan indicios muy significativos, que son corroborados en ese mismo sentido por las declaraciones de los testigos de referencia, que, de este modo, no solo son valorables al no disponer del testigo directo, sino que no constituyen la prueba única de la realidad de los hechos atribuidos al recurrente.

Así, en cuanto al testimonio de Serafina, resulta del mismo que trabajó en el centro de menores DIRECCION001 coincidiendo en parte con el acusado, que era hijo de la directora del centro, y que prestaba sus servicios en la época de los hechos en la llamada " DIRECCION002 ", donde los niños pasaban el tiempo de la siesta, siendo la labor de los monitores ayudarles a conciliar el sueño. La testigo relata que, aunque todos los monitores solían rotar, el acusado no lo hacía, sino que estaba siempre con las mismas niñas; y que vio cosas que le parecieron raras con una niña llamada Inocencia. Que respecto de Valentina, era una de las niñas que siempre tenía el acusado; que la tapaba y ponía la mano debajo; que en una ocasión después de estar esa niña con el acusado, al levantarse éste lo vio pasar delante de la testigo, que aparentaba estar dormida, con una erección y el pantalón desabrochado; que en otra ocasión, después de estar la niña con el acusado, aquella se levantó con el pantalón medio bajado y las braguitas también. Y que en ocasiones, el acusado al levantarse se abrochaba el pantalón o se veía un bulto en el pantalón.

Esta declaración testifical es coincidente en parte con la de la testigo Celestina , que describe cómo el acusado tapaba a Valentina con la manta y se tapaba él también; que esta niña al principio dormía bien, pero que luego se negaba a dormir y que cuando el acusado se acercaba Valentina se ponía a llorar, le pedía a la declarante que durmiera con ella y que no la dejara sola.

El Tribunal tiene en cuenta también la declaración de la madre de Valentina que, como testigo directo, describió las irritaciones vaginales de la niña, que tenían lugar durante la semana y desaparecían el fin de semana, y volvían a aparecer al comenzar el colegio. Y como testigo de referencia relató lo que le dijo a ella su hija describiendo de forma espontánea los tocamientos que le hacía el acusado, lo que motivó su queja al colegio y la denuncia de los hechos.

También como testigo de referencia declaró la técnico del Consell Insular, correspondiente a la Unidad de Valoración y Tratamiento del Abuso Sexual Infantil, que elaboró un informe psicológico sobre Valentina , que relató lo que la menor le contó, coincidente con lo dicho a sus padres. En dicho informe, por otro lado, no se aprecia capacidad de la menor para simular la realidad del relato.

Todos los indicios, pues, apuntan en la misma dirección que el testimonio de referencia, por lo que la conclusión fáctica del Tribunal de instancia se acomoda a las reglas de la lógica y a las máximas de experiencia.

Respecto de la menor Clara , el Tribunal valora la declaración de su padre, que, como testigo de referencia, describe cómo la menor, de forma espontánea y accidental le refirió los tocamientos de los que la hacía objeto el recurrente.

Mas arriba hemos recordado al doctrina del Tribunal Constitucional respecto de los testimonios de referencia en relación con el derecho a la presunción de inocencia.

En el caso, el Tribunal de instancia tiene en cuenta básicamente el testimonio de referencia, en el que el padre de la niña relata lo que ésta le contó con todos sus detalles y se tiene en cuenta la imposibilidad de recurrir al testigo directo por las razones derivadas de la inconveniencia de someter a las menores a un nuevo interrogatorio, aspecto éste que no ha sido discutido. En la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada se recoge que cuando el padre acudió al colegio le dijeron que ya había una denuncia por hechos similares, y que no ha tenido ningún contacto previo con nadie del colegio.

Por otro lado, como elementos que avalan la declaración del testigo de referencia, se señala que tanto la ocasión en la que ocurren los hechos, durante la siesta de las niñas, como la forma en que ocurrieron, tal como ésta los describe a su padre, presentan serias similitudes con los hechos que se le atribuyen al recurrente en relación con la otra niña, Valentina . Se tiene en cuenta asimismo la declaración del propio acusado, que reconoció que hacía masajes a Clara por debajo de la manta, lo que, además de los anteriores datos, lo sitúa junto con la menor en el escenario de los hechos que ésta relató al testigo de referencia. Y se valora como prueba el informe psicológico, ratificado y aclarado en el juicio oral por la técnico del Consell, del que destaca la similitud de los términos empleados por ambas menores; que se mostraba esquiva y alterada al hablar de los hechos; y que, aunque los negó, también lo hizo respecto de otros hechos relacionados con su padre cuya realidad no se discutía.

Por lo tanto, el testimonio de referencia, al que es lícito acudir dada la imposibilidad de oír al testigo directo, no aparece como el único elemento probatorio valorable, sino que viene acompañado de otros que corroboran su contenido.

Por todo ello el motivo se desestima.

FALLO

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

1º. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **D. Arcadio** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, con fecha 26 de mayo de 2016, en causa seguida contra el mismo, por delito de abusos sexuales a menores.

2º Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.



José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Joaquín Giménez García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ