



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 632/2014, de 14 de octubre de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 466/2014

SUMARIO:

Delito de abusos sexuales. Declaración de menores víctimas de delito. Como regla general, se debe producir la comparecencia de los menores en la vista de un procedimiento penal de delitos sexuales, con las garantías del artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, evitándose la confrontación visual. Cuando existan razones fundadas y explícitas, puede prescindirse de su presencia en el juicio en aras de la protección de los menores. Como excepción a la comparecencia en la vista se citan: a) Cuando hay una causa legítima que impida su reproducción en la vista; b), cuando el juez de instrucción la ha acordado; c) cuando queda garantizada la contradicción mediante la intervención del abogado del imputado y d), cuando se garantiza el debate en el plenario. Estimación del recurso: en el caso la menor no fue oída ni en la instrucción ni en el juicio oral; se vulneró el principio de contradicción. No es suficiente con testigos de referencia e informe psicológico sobre credibilidad del testimonio de la víctima.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del Menor), arts. 11 y 13.

Constitución Española, arts. 24, 39.4 y 96.1.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 5.4 y 229.3.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 325, 433, 439, 448, 455, 456, 707, 709, 730, 731 bis, 772, 797 y 852.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, arts. 6.2 y 11.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.2.

Convenio Europeo para la protección de Derechos humanos de 1950, art. 6.

PONENTE:

Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de dos mil catorce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Ramón , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz con sede en Mérida, Sección Tercera, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de abusos sexuales a menor; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr.



www.civil-mercantil.com

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Zabala Falco.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 2 de Montijo, incoó Procedimiento Abreviado con el número 27 de 2012, contra Ramón , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Badajoz con sede en Mérida, cuya Sección Tercera, con fecha 5 de febrero de 2014, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Se declara probado que el acusado D. Ramón , sobre las 12,00 horas del día 1 de septiembre de 2.011, se encargo en su domicilio ubicado en la AVENIDA000 numero NUM000 de la localidad de Lobon (Badajoz) del cuidado de los dos hijos menores de su prima Ariadna , llamados Luis Pablo y Clara , de 4 y 5 años, respectivamente, durante el tiempo que tardaba aquella en realizar gestiones en una notaria.

En el transcurso de dicho periodo de tiempo, el acusado aprovechó un momento dado para coger a la menor Clara , nacida el NUM001 de 2.006, y con animo libidinoso, tumbarla y bajarle los pantalones y las bragas para, a continuación, mientras le levantaba las piernas, empezar a besarle los glúteos.

El acusado padece un retraso mental leve y un trastorno adaptativo por los cuales tiene reconocida una minusvalía del 67%, sin que estas patologías supongan ninguna merma en sus capacidades intelectivas y volitivas en relación con los hechos anteriores.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que debemos condenar y condenamos a D. Ramón como autor criminalmente responsable de un delito de abusos sexuales a menor de trece años del art. 183.1 del CP , a la pena de 2 años de prisión, la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y, asimismo, a la prohibición de aproximarse en un radio de 150 metros a Clara , en cualquier lugar donde se encuentre, así como a su domicilio o cualquier otro frecuentado por la misma, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de 3 años.

Al liquidar la condena, se abonará al penado el tiempo que, en su caso, hubiera estado privado de libertad por esta causa, salvo que se hubiese imputado a otra.

Asimismo, condenamos a D. Ramón a que indemnice, en concepto de responsabilidad civil, a Clara , a través de sus representantes legales, con la cantidad de 2.000 euros por los daños morales ocasionados; suma que se incrementara con los intereses previstos en el art. 576 de la LECcivil.

El condenado abonará las costas procesales causadas.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Ramón que se tuvo por anunciado,



www.civil-mercantil.com

remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación del recurrente basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

Primero.

Al amparo del art. 852 de la LECrim , y art. 5.4 de la LOPJ y art. 24 de la CE .

Segundo.

Al amparo del art. 852 de la LECrim , y art. 5.4 de la LOPJ y art. 24 de la CE .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día treinta de septiembre de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Alega el recurrente dos motivos de casación: vulneración de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 24.1 y 24.2 CE , formalizando este motivo por la vía de los arts. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim , e infracción de precepto constitucional del art. 24 CE , al amparo del art. 852 LECrim , y del art. 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a un proceso publico con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

En el primero de los motivos considera la insuficiencia de la prueba practicada para sostener la condena pues en ningún momento ninguna autoridad judicial pudo escuchar directamente a la menor, o a su hermano testigo directo de los hechos, y sólo ha basado la condena en prueba indirecta, esto es en la testifical de referencia de la madre, la agente de la Guardia Civil, y la perito psicóloga del Instituto de Medicina Legal de Badajoz, que elabora sus conclusiones sobre la credibilidad del testimonio de la menor. Esas testigos relataron lo que le escucharon a la víctima cuando describió los hechos, y fueron contradictorias, en cuanto al lugar físico de la casa donde sucedieron los hechos, y el modo en el que se produjeron los mismos.



www.civil-mercantil.com

Añade que el informe pericial no fue introducido en el plenario de acuerdo con el canon de la legalidad ordinario y sometido al cedazo de la contradicción y la intermediación judicial. Y pone en tela de juicio sus conclusiones, pues considerar "probablemente creíble" el relato, es probabilidad y no certeza. Añade que fue excesivamente breve, y carece de información relevante que garantice los mínimos estándares de rigurosidad, como es un relato de las circunstancias educativas de la menor, su conexión con el medio escolar, o su entorno familiar. Además fue realizado 7 meses después de los hechos. En él nada se describe sobre lo que narró la niña.

Reconoce no obstante que ni el Ministerio Fiscal ni la defensa propusieron a la menor como testigo, pero considera que es sobre la acusación en quien recae la carga probatoria.

Finalmente plantea la falta de motivación y explicitación de los razonamientos para justificar la efectiva quiebra de la presunción de inocencia del acusado. Y en torno a esta cuestión considera la ausencia de prueba, y de manifestación alguna sobre su fundamento probatorio, en cuanto a la concurrencia del elemento subjetivo del ánimo libidinoso.

Segundo.

Con carácter previo es necesario recordar - SSTS. 381/2014 de 21 , 5 , 95/2014 de 20.2 , lo que lo que parece una obviedad que los delitos contra la libertad sexual, máxime cuando afecten a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y a la reforzada tutela de dichas personas merecen como víctimas de los mismos . Pero siendo todo ello cierto, en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso . Por ello, siendo la Constitución norma jurídica suprema de aplicación directa e inmediata (máxime en materia de derechos y garantías fundamentales) obliga a los distintos órganos de jurisdicción ordinaria a reinterpretar, conforme al principio de constitucionalidad de las normas jurídicas, los preceptos que afecten o puedan afectar a la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia, de modo que aquellos preceptos resulten compatibles con la Constitución.

Efectuada esta precisión previa necesariamente hemos de partir de cómo esta Sala - SSTS- 129/2014 de 26.2 , 428/2013 de 29.5 , 263/2012 de 28.3 , 1278/2011 de 29.11 , 245/2010 de 15.6 -, entre otras muchas tiene declarado, 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



www.civil-mercantil.com

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).

Así pues, al tribunal de casación debe 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 de 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 de 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. 209/2004 de 4.3).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- En primer lugar debe analizar el " juicio sobre la prueba ", es decir, si existió prueba de cargo, entendiéndose por tal aquella 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.

- 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.

- 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.

Tercero.

En el caso presente y en lo que se refiere a la primera impugnación del recurrente de inexistencia de verdadera prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia porque la víctima no compareció al juicio oral y no pudo ser interrogada por la defensa.

1) Esta cuestión ha sido ya abordada por esta Sala en otros precedentes, sentando una doctrina jurisprudencia que se recoge en la STS. 470/2013 de 5.6, y que parte en que la doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta Sala imponen la exclusiva validez de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral a los efectos de enervar la presunción



www.civil-mercantil.com

constitucional de inocencia, pero admiten determinadas excepciones que, con carácter general, exigen el cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos.

Esta doctrina ha sido ratificada, de modo reciente, en la STC de 28 de febrero de 2013 y en la STS 220/2013, de 21 de marzo, que consideran que es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

En concreto, se condiciona la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos, clasificados como: a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral.

Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski; 15 de junio de 1992, caso Lüdi; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros).

Como el Tribunal de Estrasburgo ha declarado (STDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà), "los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6º del Convenio cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario".

Cuarto.

El análisis del motivo de casación interpuesto exige, por tanto, resolver, en primer lugar, si en los supuestos de menores víctimas de un delito puede estimarse concurrente una causa legítima que impida su declaración en el juicio oral, y en consecuencia que otorgue validez como prueba de cargo preconstituida a las declaraciones prestadas en fase sumarial con las debidas garantías. Y, en segundo lugar, cuales son los supuestos y los requisitos exigibles para prescindir de dicha declaración.

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.

Serán, pues, las circunstancias del caso las que, mediante un razonable equilibrio de los derechos en conflicto, especialmente la defensa del interés del menor y el derecho



www.civil-mercantil.com

fundamental del acusado a un juicio con todas las garantías, aconsejen o no la ausencia del menor en el juicio, valorando las circunstancias concurrentes.

Es evidente que no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores .

Por ello la regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa. Declaración del menor que ha de practicarse en el juicio con todas las prevenciones necesarias para proteger su incolumidad psíquica, expresamente previstas en la ley. Así el art. 707 de la LECrim , en su redacción conforme a la reforma operada por la LO 8/2006, de diciembre, dispone para el ámbito del juicio oral que " la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de la prueba" .

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.

Quinto.

Nuestra Jurisprudencia (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) admite esta forma de reproducción del testimonio del menor, apoyándose para ello en la normativa internacional, aceptada por España, que autoriza la ausencia del menor en el proceso penal en casos de delitos contra su libertad sexual, sin que ello suponga «per se» una vulneración del art. 14 PIDC P o del art. 6.3.d) CEDH , en lo relativo al derecho de todo imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él.

Esta línea interpretativa encuentra su refrendo en la Convención de Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991 (art. 96.1 C E), así como en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15/03/2001 (arts. 8 y 15), posición que a su vez viene avalada por nuestro art. 39 4º C E ("los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos").

Incorporando así dicha normativa internacional a nuestro ordenamiento procesal, la más moderna jurisprudencia, ya citada, opta por una ampliación del criterio de «imposibilidad» de testificar en el juicio oral de los arts. 448 , 777.2 y 797.2 LECrim (procedimientos ordinario, abreviado y urgente, respectivamente), de conformidad con la cual, junto a los obstáculos materiales para la realización del testimonio, habrán de ser incluidos también aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, de forma que, en estos supuestos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aquéllos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley (STS 743/2010, de 17 de junio).



www.civil-mercantil.com

Sexto.

- De hecho, dicho valor ha sido incorporado a nuestro Derecho positivo a través de la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo art. 11. 2 menciona como principios rectores de la actuación de los poderes públicos "la supremacía del interés del menor" [apartado a)] y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal" [apartado d)], a lo que se añade en el art. 13. 3 que en las actuaciones de protección "se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor".

Es más, en su art. 17, la propia LO contempla el mandato de que "en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por Ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia".

Como recuerda la STS 96/2009, de 10 de marzo, antes citada, el art. 3. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés supremo del niño".

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

Efectivamente, así parece desprenderse principalmente del art. 2. 2 de la Decisión ("Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación"), del art. 3 ("Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal") y del art. 8. 4 ("Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho").

El órgano jurisdiccional estará, pues, obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y finalidad de dicha Decisión Marco, pues las Decisiones son vinculantes, siendo evidente el indudable alcance e incidencia de esta concreta Decisión en casos como el que nos ocupa (STS 743/2010, de 17 de junio).

A tenor de dicha STJUE, es asimismo deber de los Tribunales interpretar la normativa interna ajustándose a los términos de las Decisiones Marco (apartados 33 y 34 STJUE y punto 36 de las conclusiones), con el único límite del respeto a los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas sancionadoras o no favorables, quedando proscritas las interpretaciones «contra legem», que no pueden cobijarse en la mencionada regla (apartados 44 y 47 de la sentencia).



www.civil-mercantil.com

Como recuerda la citada STS núm. 96/2009, de 10 de marzo, el asunto «Pupino» viene a reconocer por vía interpretativa un efecto directo a las Decisiones Marco, al tener en última instancia el Juez nacional que dar efectividad a sus determinaciones, con los límites citados y no obstante el silencio, las ambigüedades o las oscuridades que puedan afectar al sistema jurídico interno (STS 743/2010, de 17 de junio).

Séptimo.

En la muy reciente STS 19/2013, de 9 de enero , se reitera que " atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), hemos apuntado que nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia constitucional y de esta Sala que lo interpreta -STS 80/2012, 10 de febrero y STC 174/2011, 7 de noviembre , entre otras- no son ajenos a estas necesidades".

" Así, a través de los arts. 433 , 448 , 455 , 707 , 731 bis , 777.2 y 797.2 LECrim , es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio".

Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos , pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (SSTEDH caso P. S. contra Alemania; caso W. contra Finlandia; caso D. contra Finlandia), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral.

En la delimitación precisa de cuales hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia , en la que señala «... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior». Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse.

En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del TEDH que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legítima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos



www.civil-mercantil.com

de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior.

De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.

Octavo.

Asimismo la STS 925/2012, 8 de noviembre señala que " ese tipo de preconstitución facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción. De esa forma además se logra una más eficaz tutela de la víctima menor en consonancia con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal....con la muy reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre; o con la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmada por España el 12 de marzo de 2009 (arts. 30 o 35 , que alientan una serie de medidas como la necesidad de que las declaraciones de niños y niñas, se desarrollen en lugares adecuados y sean conducidas por expertos especialmente capacitados para ello y que su número sea limitado y el estrictamente necesario, así como que se adopten medidas para que dichas entrevistas sean grabadas y que dichas grabaciones puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral)".

(...) Como se ha argumentado por los especialistas, no se trata solo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad. La concurrencia de un profesional experto en la realización de esas entrevistas tiene un valor especial, aunque desde luego resulta irrenunciable la dirección y supervisión judicial y la contradicción asegurada por la presencia de todas las partes (STEDH caso S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002 ; sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el conocido caso Pupino, de 16 de junio de 2005 ; así como STC 174/2011, de 7 de noviembre , y STS 96/2009, de 10 de marzo)".

Noveno.

Podemos concluir, en suma, con la reciente STS 19/2013, de 9 de enero , que nuestra jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico.



www.civil-mercantil.com

Décimo.

Y podemos resolver ya las dos cuestiones de las que depende la decisión sobre el motivo, anteriormente señaladas.

En primer lugar, en los supuestos de menores víctimas de un delito puede estimarse excepcionalmente concurrente una causa legítima que impida su declaración en el juicio oral, y en consecuencia que otorgue validez como prueba de cargo preconstituida a las declaraciones prestadas en fase sumarial con las debidas garantías.

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 síquica 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.

Pero, en estos casos, debe salvaguardarse el derecho de defensa del acusado, sustituyendo la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción, en cuyo desarrollo se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias.

Lo que constituye, resumidamente, la doctrina consolidada de esta Sala en esta materia.

Undécimo.

El desarrollo de dicha doctrina permite desestimar la primera de las alegaciones de la parte recurrente en este primer motivo de recurso.

En el supuesto enjuiciado se trata de dos niñas de corta edad (7 y 8 años) que fueron expuestas a un acto de exhibicionismo y abuso, existiendo un informe psicológico anterior al enjuiciamiento que señala que al acercarse el día del juicio las menores habían manifestado una creciente intranquilidad, recomendando expresamente la psicóloga que las menores no volvieran a tener relación con el sistema judicial y policial para evitarles un daño psíquico, denegando por ello el Tribunal a quo la comparecencia de las menores al acto del juicio de forma razonada y razonable, ajustándose de forma precisa a las exigencias jurisprudenciales que evitan la victimización secundaria de las menores.

Señala la Sala sentenciadora que "en el período de instrucción se tomó declaración a ambas menores, esa declaración fue dirigida por una psicóloga judicial, estando presente en las mismas dependencias, tanto la juez de instrucción, como el secretario judicial, la fiscal y la letrada de la defensa; esta declaración fue grabada con unas magníficas condiciones de imagen y sonido, y fue vista íntegramente en el acto del juicio, otorgando seguidamente la palabra a la Fiscal y a la defensa, previa entrevista reservada con su representado, para que alegasen las cuestiones que considerasen, no haciendo uso de ello.

En el momento de proposición de prueba en el escrito de conclusiones provisionales, la defensa solicitó que la declaración de las menores se hiciera personalmente en el acto del juicio, lo cual fue desestimado en el auto de esta Sala en donde ya se le exponía a esa parte que ello bien podía suponer un nuevo ataque a la integridad de las menores, porque en el informe psicológico ya se apuntaba que al acercarse el día de acudir al Juzgado las menores habían manifestado intranquilidad, recomendando la psicóloga que no volvieran a tener contacto las menores con la institución judicial ni policial, (informes obrantes a los folios 67 a 69 y 70 a 72).



www.civil-mercantil.com

Al inicio de las sesiones del juicio, el letrado defensor volvió a interesar esa prueba testifical, que fue nuevamente denegada por este Tribunal con cita en la jurisprudencia del TS, pero esencialmente con base en el perjuicio que una nueva declaración sobre estos hechos, ante personas desconocidas en las sesiones de un juicio, bien podían producir una nueva victimización que pretende evitarse, a lo que cabe añadir que nos encontramos ante dos menores de una edad muy escasa en relación con hechos y experiencias del tipo que hoy se conocen, que cuando se vio la grabación de su declaración era fácilmente apreciable que ambas menores no querían hablar del tema, que gesticulaban y adoptaban posturas de vergüenza, escondiendo la cabeza, y sobre todo el rostro cuando hablaban, y que si bien eran prolijas en detalles que rodeaban los hechos, cuando se llegaba a estos en concreto, eludían las preguntas y las contestaciones en la medida de lo posible.

Si a ello añadimos que esa prueba preconstituida fue practicada con observación de los requisitos que la jurisprudencia ha expuesto, con asistencia de todas las partes, la defensa del imputado incluida, en igualdad de condiciones y oportunidades, y fue vista en el plenario, con posibilidad de efectuar observaciones después, debemos asegurar que nos encontramos ante una prueba testifical practicada con todas las garantías legales, que ha tenido acceso al plenario en condiciones de ser valorada y ponderada por el Tribunal".

Décimo segundo.

En el mismo sentido el TEDH ha señalado que los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuanto "frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos como una auténtica ordalía, (según el Diccionario Real Academia Española de la Lengua "prueba ritual usada en la antigüedad para establecer la certeza, principalmente con fines jurídicos y una de cuyas formas es el juicio de Dios"), no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad", SS. 20.11.2005, caso Bocos-Cuesta c/ Holanda, 24.4.2007, caso W. contra Finlandia, 7.7.2009 caso D. contra Finlandia, 28.9.2010 caso AS. Contra Finlandia, SINDO significativa la de 2.7.2002, caso S.N. contra Suecia, ya citada en la STEDH declaró ajustada al Convenio Europeo de Derechos Humanos y en concreto al principio de contradicción la condena dictada en virtud de una declaración no prestada en el acto del juicio oral pero realizada en las fases previas con posibilidad de intervención de la defensa. El demandante había sido condenado por los tribunales suecos por un delito de abusos sexuales. Denunciaba que en ningún momento su letrado había interrogado directamente al menor víctima que contaba con 10 años de edad. El menor había sido interrogado en dos ocasiones durante la fase de investigación por un policía experto en abusos sexuales. El letrado no había estado presente en esas entrevistas. Sin embargo se le había ofrecido la oportunidad de reunirse con carácter previo con el agente para fijar el objeto del interrogatorio. Ambas entrevistas fueron grabadas (en vídeo y audio, respectivamente), se facilitaron al acusado y aun letrado. Este no reclamó una entrevista complementaria. En el acto de la vista oral no declaró el menor: tan solo se reprodujeron las grabaciones de las entrevistas realizadas. En su argumentación, el TEDH recuerda su consolidada doctrina acerca de que la utilización como prueba de las declaraciones prestadas en fase de investigación no es incompatible con las exigencias de un proceso justo, siempre que se respeten los derechos de la defensa, que exigen que el acusado o su letrado hayan tenido, durante la tramitación del procedimiento, la oportunidad de interrogar al testigo de cargo. Reconoce, acto seguido, que en procedimientos penales de esa naturaleza (abusos sexuales contra menores) es necesario adoptar determinadas medidas de protección



www.civil-mercantil.com

de las víctimas por su especial vulnerabilidad. El Tribunal de Estrasburgo concluyó que, en atención a las circunstancias concurrentes, las medidas adoptadas para contrarrestar la limitación para el derecho de defensa derivada de la inexistencia de su interrogatorio directo, debían calificarse de suficientes. "El art. 6.3 d) CEDYH -razona- no puede ser interpretado en el marco de procedimientos penales relativos a delitos sexuales contra menores, como una exigencia de que, en todos los casos, las preguntas sean planteadas directamente por el acusado o su abogado, mediante preguntas u otros medios".

Décimo tercero.

Por su parte el Tribunal Constitucional en sentencia 174/2011 de 7.11 , asume el criterio respaldada por el TEDH en sentencia 28.9.2010 en orden de la delimitación entre la protección del menor víctima del delito y la garantía de un proceso con todas las garantías, sentando las siguientes conclusiones:

- Las pruebas deben normalmente ser presentadas en una audiencia pública en presencia del acusado para poder tener, ante el Juez, una discusión racional ordenada basada en el principio de contradicción.

- Dicha regla general admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

- Dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado.

- En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado

- En el caso del testimonio de los menores de edad que han sido víctimas de un delito contra la libertad sexual, la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal.

- En estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral.

- Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad, el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral.

- En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia , § 56, en la que se señala que "quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior". Son éstas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han de observarse.

- En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado, (la exploración por expertos en caso de menores de corta edad no solo resulta adecuado para su protección sino que también lo es para fortalecer la fiabilidad de sus manifestaciones, pues la intermediación del experto puede disminuir el impacto emocional de la entrevista al tiempo que favorecer la adecuación del lenguaje utilizado a su comprensión lingüística); puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar su desarrollo y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. Conocer la existencia de la exploración, acceder a su contenido mediante su grabación audiovisual y tener la posibilidad procesal de cuestionarla, durante su realización o en un momento posterior (ya sea en fase de investigación o en el juicio oral) indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera debe ser interrogados, son las tres claves de la contradicción debida en estos casos, pues no cabe olvidar que la contradicción que es posible ejercer en cada caso "se articula atendiendo a las peculiaridades de la prueba de que se trate" (STC. 155/2002 de 22.7).

De esta manera es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es preciso someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente que equilibra su posición en el proceso.

La STC. 57/2013 de 11.3 , insiste en que la cuestión planteada en la demanda tiene que ver con las eventuales limitaciones y modulaciones de las garantías procesales del acusado que, en atención a la menor edad de quienes pueden haber sido víctimas de abusos sexuales, pueden adoptarse para conocer su versión de los hechos y, en cuanto sea necesario, para evitar que su interrogatorio formal con plena contradicción procesal en el acto del juicio oral -en cuanto son testigos de cargo especialmente vulnerables-, afecte negativamente a su desarrollo personal y su indemnidad moral y psíquica, que según experiencias contrastadas, presentan especiales tasas de vulnerabilidad en estas situaciones (STEDH de 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia).

Continúa el Tribunal Constitucional señalando que aunque sería necesaria una concreta regulación legal de las exploraciones de los menores en esta clase de delitos, para proteger adecuadamente los derechos constitucionales de estos y también los de los posibles imputados, el análisis debe realizarse, a partir de la aplicación de la doctrina fijada en la citada



www.civil-mercantil.com

STC 174/2011 . No obstante, destaca que en este caso existen circunstancias específicas que deben ser puestas de manifiesto y tomadas en consideración al abordar la pretensión de amparo. Son las siguientes:

a) Las siete menores a las que se refieren los hechos investigados en el proceso judicial previo tenían entre cuatro y seis años de edad cuando éstos acaecieron. El juicio oral se celebró dos años después. Su escasa edad es relevante en relación con la forma en que pueden prestar testimonio y puede evaluarse o cuestionarse su credibilidad, dada su diferente habilidad de producción verbal, comprensión lingüística, capacidad de verse influidas por el escenario y condiciones en que se realice el interrogatorio, así como su desarrollo moral y, en general, su estructura psíquica diferenciada.

b) Durante el proceso judicial previo las menores no declararon nunca ante la policía, el Ministerio Fiscal o la Juez instructora. Es decir, ningún agente del poder público con responsabilidades en la investigación participó en el procedimiento de obtención de las manifestaciones verbales de las menores.

c) La declaración directa de las menores en el procedimiento, es decir su interrogatorio personal e inmediato por los representantes de las partes, no fue tampoco solicitada. Ni por el Ministerio Fiscal, ni por la acusación particular, ni por la defensa del demandante.

d) Consecuentemente, los órganos judiciales nunca se pronunciaron sobre la posibilidad de practicar dicho interrogatorio formal y contradictorio, aceptándolo, denegándolo o sometándolo a condiciones, dado que no les fue solicitado como diligencia sumarial ni como prueba, ni fue recurrido el Auto que dio por concluida la fase de investigación.

A continuación tras exponer esas circunstancias diferenciadoras del supuesto de hecho, aborda la STC. La alegada lesión del derecho a un proceso con todas las garantías que el demandante asocia al déficit de contradicción que le produjo no haber podido interrogar a las menores en el juicio oral, para el cual no fueron propuestas como testigos por la acusación pese a que, en fase sumarial, sólo fueron exploradas por el equipo psicosocial, sin intervención previa o simultánea de las partes e insistir en la doctrina de la STC. 174/2011 , destaca que en el caso concreto "la única exploración de las menores llevada a cabo en el proceso con razón de la investigación de la denuncia tuvo lugar, a requerimiento judicial, en fase de instrucción. Su objetivo fue elaborar el informe sobre las menores que fue encargado al equipo psicosocial del Juzgado. Dicha exploración, en la que participó una psicóloga y una trabajadora social, fue grabada en soporte audiovisual, cuya reproducción íntegra fue propuesta como prueba y llevada a efecto en la vista del juicio oral. El informe pericial elaborado incorpora la versión de los hechos que facilitaron las menores pues, para su realización, las expertas obtuvieron de éstas la exteriorización verbal de sus recuerdos, procediendo a continuación a evaluar la credibilidad de tales manifestaciones.

Seguidamente considera decisivas las particularidades de la actuación procesal cuestionada, que permiten diferenciar en este caso la conclusión alcanzada en la STC 174/2011 . Las menores no fueron interrogadas por la policía, ni por el Ministerio Fiscal, ni por la Juez de instrucción. Su exploración se llevó a efecto a través de la psicóloga y la trabajadora social del equipo del Juzgado al que se encargó un informe pericial sobre ellas. Tal exploración a través de expertos, además de estar expresamente prevista en la ley procesal (art. 433 de la Ley de enjuiciamiento criminal), ha sido admitida como legítima por este Tribunal, en protección de los intereses de la víctima (STC 174/2011 , FJ 4). Dada la escasa edad de las menores, que no alcanzaba en ningún caso los seis años de edad, no sólo resultaba adecuado para su debida protección que la exploración se llevara a cabo por expertos, sino también lo era para fortalecer la fiabilidad de sus manifestaciones, pues la intermediación del experto

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

puede disminuir el impacto emocional de la entrevista al tiempo que favorecer la adecuación del lenguaje utilizado a su comprensión lingüística. Tal opción posibilitaba, además, elegir y acomodar el escenario de la entrevista para, conforme a reglas de experiencia práctica homologadas que se utilizaron en este caso, la misma se desarrollara de forma más natural que con los rígidos condicionamientos de un interrogatorio procesal formalizado.

Asimismo, una vez recibido el informe pericial psicosocial, la Juez de instrucción lo puso a disposición de las partes, incluida la defensa del demandante ya entonces imputado, quien tras conocerlo solicitó tres meses después la aportación a la causa, como diligencia de investigación complementaria, de ciertos datos adicionales (las notas manuscritas de las conversaciones mantenidas con las tutoras de las menores por parte de las redactoras del informe psicosocial elaborado en fase de instrucción, así como del documento entregado a éstas por la orientadora psicopedagógica del centro escolar). A diferencia del supuesto analizado en la STC 174/2011, durante los siguientes meses hasta la apertura del juicio oral, la defensa no solicitó ninguna otra diligencia de investigación, ni pidió una nueva exploración de las menores, ni cuestionó el Auto por el que la Juez instructora dio por suficiente y finalizada la investigación de los hechos denunciados. Tampoco en su escrito de defensa propuso como prueba la declaración en juicio oral de las menores, en ninguna de sus modalidades, lo que refuerza la impresión de que resultaba patente que se habían observado las garantías constitucionales. En este caso, por tanto, los órganos judiciales responsables de la investigación o el juicio no se pronunciaron sobre la posibilidad de interrogatorio directo de las menores, ni lo obstaculizaron o impidieron.

En definitiva, concluye el Tribunal Constitucional, que el conjunto de estas vicisitudes procesales permite afirmar que, el demandante tuvo posibilidad suficiente de ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción frente a las manifestaciones prestadas por las menores durante su exploración pericial en fase sumarial, dado que fueron grabadas en vídeo, recogidas en el informe psicosocial elaborado e, inmediatamente después, puestas a disposición de la defensa, pudiendo ser cuestionadas con suficiente antelación antes de que la instrucción fuera concluida. La defensa conoció la exploración de las menores, tuvo pleno acceso a su contenido íntegro y a su grabación audiovisual. Por tanto, tuvo posibilidad de cuestionarla durante todo el proceso judicial y pudo solicitar la ampliación de la misma a fin de que, en una nueva exploración, se les plantearan otros aspectos, preguntas o matizaciones. El ordenamiento jurídico procesal no lo impedía. El demandante no lo consideró entonces necesario u oportuno y además -como ya se ha dicho- no propuso como prueba a practicar en el juicio oral la exploración de las menores. Por todo lo expuesto, no se aprecia el déficit de contradicción que sería constitucionalmente relevante si, de haber pretendido cuestionarlas, le hubiera sido impedido por los órganos judiciales (SSTEDH S.N. c. Suecia, antes citada, § 49-50; B. contra Finlandia, de 24 de abril de 2007, § 44 o el Auto Accardi y otros contra Italia, de 20 de enero de 2005) o si, por falta de suficiente información o puesta a su disposición, o por impedimento legal, no hubiese podido contradecir la exploración en la forma que ha sido indicada. Todo lo cual conduce a la desestimación de la pretensión de amparo en cuanto denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías descartando seguidamente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al basar la condena en las declaraciones de las menores prestadas durante su exploración en fase sumarial, que fueron introducidas legítimamente en el juicio oral a través de la reproducción de su grabación audiovisual, la cual pudo ser observada tanto por el Tribunal sentenciador como por las partes. Y a partir de la constatación de que existía una causa legítima para que las menores no asistieran al juicio oral como testigos de la acusación, el testimonio de referencia de sus progenitores, de sus tutoras y el de las mismas expertas que las exploraron, en cuanto narran la manifestación inculpativa que a ellos les hicieron las niñas.



www.civil-mercantil.com

Décimo cuarto.

Por último en el derecho comparado la STPO alemana contiene una previsión recientemente actualizada atinente a esta materia. La regulación actual data de septiembre de 2013 y es uno de los frutos de una mesa redonda contra el abuso sexual que convocó el Gobierno Federal y que desarrolló sus sesiones de trabajo entre los años 2010 a 2012 en Berlín bajo la presidencia de las Ministras Federales de Justicia, Familia y Ciencia. El § 255a STPO prevé la grabación videográfica de las declaraciones de menores de 18 años víctimas de un delito sexual. La reproducción de la grabación puede sustituir la declaración del menor en el acto del juicio oral siempre que se haya preservado el principio de contradicción (presencia del abogado del acusado y posibilidad de interrogar). Durante la entrevista previa al juicio el juez y el menor están presentes en una sala mostrando ambos el perfil a una cámara inmóvil. La entrevista es transmitida a otra Sala en la que están presentes fiscal, acusado, letrado defensor, así como habitualmente un psicólogo especializado en evaluación de credibilidad. Se advierte al menor de que el testimonio está siendo retransmitido. Una vez que el Juez ha finalizado con su interrogatorio se dirige a la sala continua donde los presentes le pueden sugerir nuevas preguntas o aclaraciones que podrá efectuar sin las considera necesarias. Si se reputa necesario, caben entrevistas o declaraciones complementarias posteriores: cuando el testimonio grabado se revela como incompleto, inconsistente o contradictorio o cuando han aparecido nuevos hechos sobre los que el testigo no declaró en la anterior entrevista. Si finalmente no se reemplaza la comparecencia del menor en el juicio por el visionado de la grabación, éste puede declarar en presencia del acusado (no es un problema si el menor desea hacerlo así); o mediante la transmisión desde una sala contigua; o sin la presencia del acusado y mediante transmisión por circuito cerrado de televisión al lugar en que se encuentre el acusado. Los Tribunales federales han convalidado esas fórmulas legales.

En la legislación procesal penal italiana se habilita también un incidente de anticipación probatoria mediante la grabación del testimonio admisible para el menor de 16 años víctima de delitos sexuales (arts. 392 y 398 bis de su Código). El examen o interrogatorio pueda tener lugar fuera de la sede del Tribunal, en centros asistenciales especializados o, en su defecto, en el domicilio del menor. Las declaraciones testificales han de ser documentadas en su integridad con medios de reproducción fonográfica y audiovisual.

La legislación francesa desde 1998 (Loi n° 98-468, de 17 de junio), impone igualmente la grabación audiovisual de las declaraciones de estos menores, siempre que lo consienta el mismo menor o, en su caso, su representante legal. En la práctica el interrogatorio se efectúa por un profesional (psicólogo, médico, educador, etc.) en comunicación con los presentes en una dependencia aneja que pueden sugerirle preguntas o hacer indicaciones (artículo 706 - 52 y 53 del Código de Procedimiento Penal .

En Suiza el art. 154.IV de su Código de Procedimiento Penal dispone que si hay evidencias de que la entrevista o el interrogatorio provocará estrés emocional en el menor, se evitará la confrontación visual, salvo que el propio menor lo desee o se revele como inevitable. Por lo general no se permiten más de dos entrevistas durante todo el procedimiento. Tras la primera solo se admiten nuevas entrevistas si el imputado no tuvo oportunidad de ejercer sus derechos durante la primera entrevista o si lo reclama el interés del menor. En la medida de lo posible todas las entrevistas han de ser efectuadas por la misma persona que ha de ser un especialista en la materia. Las entrevistas se registran de forma audiovisual.

También es obligatoria la grabación de la declaración de los menores de 14 años en Croacia. El art. 52.3 de la ley procesal penal de Turquía obliga a que las declaraciones de menores víctimas deben obligatoriamente grabarse en un sistema audiovisual para evitar su



www.civil-mercantil.com

comparecencia en el juicio. En Finlandia, la ley que entró en vigor el 1 de enero 2014 también prevé la obligación de audio-vídeo record de las declaraciones de las víctimas menores de edad y en general cualquier testigo "vulnerable" con esa finalidad de sustituir a la comparecencia en el juicio.

Décimo quinto.

Aplicando la doctrina jurisprudencial al caso presente ofrece la peculiaridad de que la menor, que en el momento de los hechos tenía 5 años de edad, solo fue explorada en las Dependencias de la Guardia Civil, acompañada de su madre, en el momento de la interposición de la denuncia, sin que en la fase instructora prestara declaración ante la autoridad judicial y las partes, incluida la defensa del acusado, ni por videoconferencia u otro sistema similar previsto en los arts. 325 LECrim , y 229.3 LOPJ , redacción dada LO. 13/2003 de 24.10 y arts. 433.3 reformado LO. 8/2006 de 4.12 , y 707 LECrim , que, hubieran evitado la confrontación visual e incluso la presencia personal de la menor, ni como prueba anticipada o preconstituida por la autoridad judicial con todas las garantías de inmediación y contradicción. Tampoco la víctima fue oída por el Tribunal en el Plenario al no haber sido propuesta su declaración como prueba por el Ministerio Fiscal ni por la defensa. En este extremo no puede reprocharse a la defensa que no solicitase tal declaración, por cuanto el derecho fundamental a la presunción de inocencia, como reaccional que es, no precisa de su comportamiento activo por parte de su titular -la parte acusada-, pues con arreglo al art. 11 de la declaración Universal de Derechos Humanos , toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, lo que se reitera en el art. 14.2 del pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos , y en el art. 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y por ello la carga de la prueba de la existencia del hecho y la intervención en él del acusado, incumbe siempre a la parte acusadora. El acusado no tiene que probar la falsedad de la acusación, incumbiendo a las acusaciones el acreditar su veracidad (STS. 125/2002 de 29.2). Ahora bien constatado ese déficit probatorio en relación a la declaración de la menor, ello no determina necesariamente la absolución del recurrente, sino que en estos casos el tribunal debe analizar si existen pruebas subsistentes para enervar la presunción de inocencia, en cuanto supongan que el contenido de la inicial denuncia haya sido introducido en el plenario, de acuerdo con los principios del derecho probatorio.

Así la sentencia recurrida en los razonamientos jurídicos toma en consideración la declaración de tres testigos ante quienes la menor relató los hechos, la madre, la agente de la Guardia Civil, y la perito psicóloga. La madre precisó que tras aquel suceso la niña no ha vuelto a tener un comportamiento igual hacia los varones adultos próximos a ella, mostrándose recelosa. La agente de la Guardia Civil señaló que cuando la menor relataba los hechos tenía vergüenza y estaba incomoda, prefiriendo la misma que su compañero saliera de la habitación durante la diligencia, y que, superada la fase inicial, describió verbalmente y con gestos, sin dudas o vacilaciones, cómo el acusado le bajó la ropa y le besó los glúteos. La perito psicóloga examinó la declaración de la menor en el atestado, tuvo una entrevista previa con la misma y realizó diligencias complementarias, concluyendo en su informe (folio 87), que su testimonio es probablemente creíble aclarando a la Sala que su relato fue consistente y coherente, sin contradicciones ni rastro de fantasía o fabulación y le expuso con claridad que el acusado le bajó los pantalones y le besó los glúteos.

1º) De lo anterior se deduce que el testimonio de la madre y de la agente de la Guardia Civil, es de referencia en cuanto relatan lo que la menor les manifestó.



www.civil-mercantil.com

Al respecto la STS. 1251/2009 de 10.12 , hemos recordado como el Tribunal Constitucional "la doctrina de este Tribunal sobre el testimonio de referencia puede ser uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria. Pero, como se ha declarado reiteradamente, se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia.

Partiendo de esta base hemos dicho que la validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre ; 97/1999, de 31 de mayo ; 209/2001, de 22 de octubre ; 155/2002, de 22 de julio ; y 219/2002, de 25 de noviembre).

Esta es también la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta ; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò ; y de 26 de abril de 1991, caso Asch).

Tal como textualmente afirmamos en la STC 155/2002, de 22 de julio , de un lado, incorporar al proceso declaraciones testimoniales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (STC 97/1999, de 31 de mayo ; en sentido similar, SSTC 217/1989, de 21 de diciembre ; 79/1994, de 14 de marzo ; 35/1995, de 6 de febrero y 7/1999, de 8 de febrero).

De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (específicamente STC 131/1997, de 15 de julio ; en sentido similar, SSTC 7/1999, de 8 de febrero y 97/1999, de 31 de mayo) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta).

El recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado, por lo tanto, a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (SSTC 79/1994, de 14 de marzo ; 68/2002, de 21 de marzo ; 155/2002, de 22 de julio y 219/2002, de 25 de noviembre).

Y los supuestos en los que hemos declarado la existencia de esta imposibilidad real y efectiva han sido aquéllos en los que el testigo se encuentra en ignorado paradero, es decir los casos en los que es imposible citar al testigo directo (STC 35/1995, de 6 de febrero), aunque también hemos incorporado los casos en los que la citación del testigo resultaba extraordinariamente dificultosa (STC 209/2001, de 22 de octubre)".

Como indica la STS núm. 53/96, de 30 de enero, rec. 564/95 -en un supuesto en que el menor, víctima también de agresión sexual, tenía unos 7 años de edad, había declarado en el sumario y el Ministerio Fiscal había solicitado que se ratificara en la Vista- "no se discute la validez de los testigos de referencia, pero su inclusión entre el material probatorio hay que realizarla con cautela y siempre a expensas de que su testimonio pueda y deba ser contrastado con el testigo directo cuando su presencia, como sucede en el caso presente, es perfectamente factible a nada que se hubieran tenido en cuenta las peticiones del Ministerio Fiscal suficientemente conocidas por la Sala sentenciadora "

La STS núm. 429/02, de 8 de marzo , con relación a un supuesto en que la víctima tenía 3 años y medio y la STS núm. 1229/02, de 1 de julio , en que las dos víctimas tenían 6 y 4



www.civil-mercantil.com

años, expusieron que el hecho de que a una persona se la declare culpable de un delito sobre la base de las declaraciones inculpatórias de testigos de referencia y no presenciales da lugar a una de las situaciones más delicadas que pueden ser imaginadas en el proceso penal.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que sólo puede entenderse desvirtuada mediante una prueba de cargo apreciada por el Tribunal competente en el acto del juicio oral y, por tanto, en condiciones de inmediatez, el testimonio de referencia tropieza con la lógica dificultad que supone para el Tribunal formar juicio no sólo sobre la veracidad del testigo de referencia sino sobre la del testigo presencial en cuya lugar aquél se subroga.

Ello no obstante, la doctrina constitucional ha admitido la posibilidad de que la prueba testifical indirecta sustituya excepcionalmente a la directa, con la posibilidad de que su valor probatorio sea apreciado por el Tribunal, cuando se acredite la imposibilidad material de que comparezca en el juicio oral el testigo presencial".

Y en la sentencia núm. 429/2002 claramente se hacía hincapié en que, "la excepcional admisibilidad de que, en supuestos como el presente, los testimonios de referencia puedan sustituir a los directos debe ser entendida como resultado del difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente reprobables.

En la persecución de aquel equilibrio los tribunales deben ser muy rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias que justifican la sustitución de unos testimonios por otros, sino también en la crítica de los referenciales y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito".

Sin embargo, aquéllas sentencias, aún reconociendo que no podría decirse que fuese materialmente imposible la comparecencia de los menores ofendidos ante el Tribunal, vinieron a reconocer que concurría una causa de imposibilidad legal ponderada prudencialmente por el Tribunal de instancia.

En el caso analizado la prueba testifical indirecta ha sustituido a la directa, con la imposibilidad de que el valor probatorio de esta última hubiese sido apreciado por el tribunal, sin que existieran razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para la menor en caso de compasión) que acreditaran la imposibilidad material de ser oída en la instrucción o de que su testimonio fuese propuesto para su práctica en el plenario.

2º) Respecto al informe de la perito sobre credibilidad de la menor debemos recordar " La psicología del testimonio nos advierte sobre la mayor permeabilidad del testimonio de los menores al influjo de preguntas sugestivas. El menor tiene menos recursos para sustraerse a la tendencia tanto de dar la razón al adulto interrogador cuando percibe gestos de asentimiento o de complacencia con su declaración; como de retractarse cuando percibe que sus respuestas no son del agrado de quien le entrevista. Está muy inclinado a ajustarse a la versión que espera que ofrezca. La técnica de interrogatorio de un menor requiere ciertas habilidades de las que normalmente carecen los profesionales del ámbito forense. Debe primarse la narración libre en los primeros momentos y ser muy escrupulosos para expulsar cualquier atisbo de sugerencia o sobreetendidos. Cuando el primer interrogatorio del menor no se ajusta a los parámetros deseables puede quedar contaminada la prueba: el menor repetirá la versión que ha adquirido a sus ojos el marchamo de versión "oficial", la que satisface las expectativas que el investigador ha depositado en él.

Otra vez encontramos que las motivaciones victimológicas confluyen con otras de naturaleza epistemológica que aconsejan que el interrogatorio sea dirigido o supervisado por



www.civil-mercantil.com

un profesional que disponga de esas habilidades en relación al testimonio de menores, habitualmente un psicólogo, o, en su caso, personal investigador con una formación específica.

El entorno de la entrevista es otro factor a tomar en consideración. También aquí confluyen razones victimológicas -propiciar un ambiente amable, alejado de la solemnidad fría de los estrados o de una oficina judicial, y evitar que el menor se vea sometido a la mirada escrutadora y a veces hostil de una multiplicidad de profesionales; con las epistemológicas -un ambiente adecuado estimula la espontaneidad del menor, y facilita su expresividad y memoria-.

En términos generales el exceso de publicidad se revela como perjudicial para las declaraciones de menores en casos de abuso sexual. Es una evidencia la afirmación de que la protección de la víctima aconseja disminuir la publicidad a lo estrictamente indispensable, preservando en todo caso los datos de identidad y la imagen del menor.

La valoración del testimonio del menor presenta ciertas peculiaridades respecto de otro tipo de testimonios. Los estudios psicológicos sobre la materia arrojan unas conclusiones y unos cánones y criterios de valoración que no pueden ser despreciados: debe propiciarse la entrada de esos elementos periciales de valoración de la credibilidad del testimonio de menores, mediante peritajes de psicólogos que, sin suplantar la función judicial, coadyuven con la misma. En otro orden de cosas conviene reseñar que las declaraciones de los menores son especialmente aptas para ser objeto de dictámenes sobre credibilidad realizados por especialistas en psicología. Hay que situar esa pericia en su ámbito adecuado y hay que exigir profesionalidad. No cualquier psicólogo está capacitado para ese tipo de prueba, que, por otra parte, nunca puede suplantar el papel del Juzgador. La pericial facilitará pautas para la valoración. Pero decidir si los hechos han sucedido o no, valorar ese testimonio junto con el resto de pruebas, otorgarle o no crédito es función que está residenciada en el juzgador. Este no puede abdicar de esa tarea delegándola en el psicólogo que, por otra parte, si actúa con profesionalidad, no podrá asegurar la verdad o falsedad del testimonio. Tan solo indicará si con arreglo a los sistemas, protocolos y test valorativos convalidados concurren o no indicadores de fiabilidad o falta de fiabilidad.

En este sentido la STS. 179/2014 de 6.3 , incide en que no se discuten los conocimientos especializados de los psicólogos, pero no se puede sustentar la credibilidad de un testimonio en informes, que tanto sean en un sentido o en otro, ni refuerzan ni descalifican el testimonio específico y concreto de una persona. El análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto. Para bien o para mal los jueces, según el imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos o acusado, sin delegar esta misión en manos de terceros.

La STS. 28/2008 de 16.1 , las descarta tanto en testigos como en acusados y señala que es doctrina jurisprudencial la que considera innecesaria la prueba pericial sobre cuestiones sobre las que el Juez o Tribunal posee una experiencia general o específica, como es el caso de la valoración de las declaraciones personales, sean confesiones o testimonios. Y añade que por ello su práctica es de aceptación excepcional en relación con los testigos que vienen obligados a decir verdad, o innecesaria respecto del acusado que no está obligado a decir verdad y respecto al que incluso son improcedentes las exhortaciones a hacerlo.

La resolución matiza que no es infrecuente la realización de estas pericias psicológicas en relación con testigos de corta edad, y aunque tampoco pueden nunca vincular al Juez o Tribunal ni sustituirlo en su exclusiva función valorativa, sí pueden aportarle criterios de conocimiento psicológico especializado y, por tanto, científico, sobre menores de edad y las pautas de su posible comportamiento fabulador, que le auxilien en su labor jurisdiccional.



www.civil-mercantil.com

Señala la STS. 238/2011 de 21.3 , que "por lo que se refiere a la pericial psicológica sobre la "veracidad" de las declaraciones prestadas hemos de recordar que no corresponde a los psicólogos establecer tal cosa, que es competencia del Tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas. Cuestión distinta es la relevancia que en la valoración de la credibilidad del testigo, -sea víctima o sea un tercero- pueden tener sus condiciones psico-físicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc. Y es esto y no la veracidad misma del testimonio, lo que puede ser objeto de una pericia".

En igual sentido la STS. 1367/2011 de 20.12 , afirma, con cita de otras precedentes 488/2009 de 23.6 ... "que no se puede solicitar la intervención de peritos, por ejemplo, para informar sobre el perfil psicológico del examinado o sobre la personalidad de las menores, ni tampoco para que los peritos manifiesten si, a su juicio, los hechos se produjeron, y tampoco para que se pronuncien sobre el grado de verosimilitud de unas manifestaciones u otras...".

Añadiendo que " Incluso tratándose de supuestos en los que esa pericia psicológica ha llegado o practicarse, conviene no perder de vista que el fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunas aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 LECrim). Apreciar significa precisamente ponderar el valor de los cosas. Se tendería o subvertir la naturaleza procesal de la prueba pericial, atribuyendo a ésta un alcance prácticamente definitivo. El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional, pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria (...) Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudoponente con capacidad decisorio para determinar de forma implacable el criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar o desplazar la capacidad jurisdiccional pura decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado (Cfr. STS 485/2007, 28 de mayo)'.

Y en todo caso resulta relevante destacar que esa exploración que realizó la psicóloga debió haber sido grabada audiovisualmente, sin que en el caso presente lo fuera, lo que hubiera posibilitado su reproducción en el plenario. El visionado y audición de tal grabación -en defecto de la percepción directa del testimonio de la víctima- hubiera resultado fundamental e imprescindible para poder comprobar el contenido y sentido de las manifestaciones inculpatorias respecto del acusado, en su caso, efectuadas por la menor, y para celebrar si la técnica utilizada por la psicóloga fue correcta en su entrevista estructurada o no, evitando cualquier genero de su gestión incompatible con las exigencias procesales (ex arts. 439 , 709 y concordantes LECrim), garantizadoras de la espontaneidad de todo testimonio.

Décimo sexto.

Lo expuesto viene en su conjunto a poner de manifiesto que puede entenderse vulnerado el precepto constitucional contenido en el art. 24.2 CE , no solo por lo que se refiere a la presunción de inocencia sino a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y a la celebración de un proceso con todas las garantías.

En efecto: por el juez de instrucción no se practicó la exploración alguna de la menor en cualquiera de las formas previstas por la Ley.

-Se practicó un informe psicológico por parte de una especialista, sin que se realizara su grabación audiovisual, ni se posibilitara a la defensa pedir aclaraciones o ampliaciones.



www.civil-mercantil.com

- No se adoptaron ninguna de las medidas precautorias que armonizan la protección integral de la menor ante un eventual y no confirmado riesgo a la integridad y equilibrio mental, frente al insoslayable derecho de defensa del acusado.

- La declaración de la menor no fue propuesta como prueba en el plenario, con el resultado de que la defensa no ha podido ver a la menor ni escuchar las manifestaciones efectuadas por ésta, y tampoco ha podido ser vista y oída dicha menor por el tribunal sentenciador ni de modo directo ni indirecto al no haberse grabado su exploración ante la psicóloga.

Y desde luego -como ya se ha indicado- no puede sustituirse el pronunciamiento de credibilidad que corresponde en exclusiva a postribunales por el que considere la perito psicóloga que recibió el relato de la menor que, por otra parte se limita a concluir que la versión de la menor podría ser "probablemente creíble" ni por el testimonio de dos testigos de referencia sobre lo que la menor les relató.

Corolario obligatorio de cuanto antecede no puede ser otro que la estimación del motivo sin necesidad de analizar el resto de las censuras casacionales por lo que la sentencia recurrida deberá ser casada y anulada, dictándose otra por esta misma Sala en la que se absuelva al acusado del delito que se le imputaba con todos los pronunciamientos favorables (ver en un caso similar reciente STS. 449/2014 DE 29.5).

Decimo séptimo.

Estimándose el recurso las costas se declaran de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Ramón , contra sentencia de 5 de febrero de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Merida, Sección Tercera , que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de abusos sexuales , y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS meritada sentencia dictando nueva sentencia con declaración de oficio costas recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D^a. Ana Maria Ferrer Garcia D. Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de dos mil catorce.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Montijo, fallada posteriormente por la Audiencia Provincial de Badajoz con sede en Mérida (Sección 3^a) y que fue seguida por delito de abusos sexuales contra Ramón , mayor de edad, de nacionalidad española, DNI. nº NUM002 , sin antecedentes penales y en libertad por esta causa, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento



www.civil-mercantil.com

de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo , integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Primero.

Ramón fue denunciado como autor de la acción que se describe en los hechos probados de la Audiencia Provincial de Badajoz, transcrito en los antecedentes de la sentencia de casación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El examen de esa sentencia y de sus antecedentes probados ha llevado a esta Sala a la conclusión, razonada de la sentencia precedente de la inexistencia de prueba susceptible de ser valorada como eficazmente de cargo y suficiente para enervar la presunción de inocencia.

III. FALLO

Debemos absolver y absolvemos a Ramón del delito de abusos sexuales a menor con declaración de oficio costas, dejando sin efecto cuantas medidas se tomaron en su contra.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D^a. Ana Maria Ferrer Garcia D. Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.