



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 88/2015, de 17 de febrero de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1991/2014

SUMARIO:

Abuso sexual. Prueba testifical de víctimas menores. Interrogatorio y exploración de Menores. Prueba anticipada. Derecho de defensa. Non bis in idem. 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. 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. Comoquiera 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. 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 garantizar un juicio con todas las garantías. Vulneración del principio «non bis in idem» por la doble consideración de la minusvalía al conformar el tipo del abuso sexual y la agravación del art. 180.1.3 del Código penal.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 180.1.3.º y 181.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 6.1.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.1.

Constitución Española, arts. 24, 39.4 y 96.1.

Convención de Derechos del Niño de 1989, art. 3.1.

Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del Menor), arts. 11.2 y 13.3.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 433, 448, 455, 659, 707, 731 bis, 777.2, 785.1, 786.2, 797.2 y 850.3.

PONENTE:

Don Andrés Martínez Arrieta.



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Febrero de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación de Hilario , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Sexta, que le condenó por delito de agresiones sexuales, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Pozo Calamardo.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Arrecife, instruyó sumario 2/12 contra Hilario , por delito de agresiones sexuales, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que con fecha 15 de julio de 2014 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Único.- Probado y así se declara que el 6 de enero de 2012, el acusado Hilario , se encontró sobre las 18:30 horas con Rosa , en las inmediaciones del domicilio de ambos, cercano a la calle Panamá de Costa Tesigue, término municipal de Teguiise, Las Palmas.

En ese momento, y con el propósito de engañar a Rosa , dada su minusvalía del 65 % por discapacidad psíquica, el acusado le pregunta a Rosa si había vista a su perro Scooby, y consigue llevarla hasta un palmeral cercano; y allí, con ánimo de satisfacer su deseo sexual, tocó a Rosa el pecho derecho, bajándole los pantalones y su ropa interior, procediendo el acusado a hacer lo mismo, realizándole diversos tocamientos en sus zonas íntimas, sin llegar a penetrarla.

Como consecuencia de la agresión, Rosa sufrió una gran irritación del introito vaginal, con fuertes dolores en la zona, así como dos eritemas redondeados en el cuadrante superior externo de la mama derecha; tal y como obra en el informe médico forense".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado Hilario , como autor responsable de un delito de abuso sexual, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y abono de costas, incluidas las de la acusación particular.

Igualmente le condenamos a la pena de prohibición de aproximarse a la víctima Rosa , en cualquier lugar donde se encuentre, así como de acercarse a su domicilio, a su lugar de estudio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, y la prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio de comunicación o medio informático o telefónico o telemático, contacto escrito, verbal o visual, en ambos casos por un tiempo de cinco años.

Y para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que le imponemos, le abonamos, en su caso, el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa.



www.civil-mercantil.com

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá presentarse ante esta Audiencia Provincial en el término de cinco días a partir de la última notificación."

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Hilario , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

A pesar de ser el primero, figura en el recurso con el ordinal III.

Segundo.

Se formula al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haberse denegado la diligencia de prueba.

Tercero.

Se formula al amparo del artículo 850.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Cuarto.

Se formula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 10 de febrero de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito de abuso sexual contra la que formaliza una impugnación en cuyo examen anticipamos los motivos



www.civil-mercantil.com

opuestos por quebrantamiento de forma, referidos a la celebración del juicio, en la medida que discuten la misma celebración en ausencia de la testifical directa de la menor objeto del abuso, y las denegación de la suspensión del juicio por la denegación de preguntas. Seguidamente, analizaremos la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia para terminar con el motivo formalizado por error de derecho que tiene el apoyo del Ministerio fiscal.

En el segundo motivo de la oposición denuncia la denegación de la prueba propuesta por la defensa consistente en la declaración de la víctima.

El motivo se desestima. El derecho a defenderse de una acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba procedentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos . En nuestro ordenamiento, aunque podría considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías, su rango constitucional deriva de su reconocimiento expreso y singularizado en el artículo 24 de la Constitución . La alegación de su vulneración es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1º, ambos de la LECrim .

Consiguientemente, es un derecho fundamental. Sin embargo, no es un derecho absoluto. 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). En el sentido expuesto la STC 142/2012, de 2 de julio , desde la perspectiva de un amparo constitucional por vulneración del art. 24.2 de la CE , expresa en este sentido: "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero , FJ 2)".

La menor agredida fue oída en declaración a los dos días de los hechos. Previamente el Juez de instrucción había acordado una prueba pericial para comprobar la capacidad para declarar sobre los hechos. Esa prueba, que obra en las actuaciones es relevante y de ella resulta la "merma importante de su capacidad para declarar", requiriendo su realización un ambiente adecuado a su situación psíquica, no solo mermada en su capacidad cognitiva, sino por los efectos del tiempo en su declaración, concretamente a su capacidad de recordar. El Juez de instrucción acuerda la celebración de una testifical anticipada y la misma se realiza conforme a la ley con presencia de todas las partes en el proceso y, desde luego, la defensa del acusado que en ningún momento objetó a su realización y que se documenta en las actuaciones mediante un acta y su grabación videográfica. Por lo tanto, contrariamente a los que sostiene el recurso consta en autos un informe pericial que informa sobre la capacidad psíquica de la víctima en los hechos y aconseja su realización en condiciones legales y de forma anticipada. El recurrente no discute esos presupuestos de la prueba anticipada y nos



www.civil-mercantil.com

remitimos a los informes periciales del forense y de los peritos en el juicio oral sobre la discapacidad psíquica de la víctima y los problemas de comunicación que presentaba que corroboran lo adecuado y eficaz de la resolución de anticipar la prueba, por las deficiencias psíquicas de la menor, su dificultad de comunicación y de recordar. En este sentido las periciales en el juicio son relevantes sobre la afectación de las potencias psíquicas de la víctima.

En el escrito de calificación de la defensa se insta, como prueba testifical, la declaración de la víctima que es rechazada en el Auto de 11 de abril de 2013. Esa resolución no ha sido objetada por la defensa que ha asumido la denegación de la prueba. Tan sólo consta un escrito de la defensa de octubre de 2013 en el que se plantea un recurso de súplica instando la suspensión de un señalamiento ante la anunciada incomparecencia de una perito por coincidir el señalamiento con sus vacaciones. En definitiva el hoy recurrente se aquietó a la decisión del tribunal.

En el juicio oral consta la invitación del tribunal a efectuar alegaciones de acuerdo al art 786.2 de la ley procesal penal instando de las partes aleguen lo que consideren sobre la competencia del tribunal, vulneración de algún derecho fundamental, causas de suspensión, etc.. Nada de esto se hizo y el juicio se celebró de acuerdo a las previsiones legales. No hubo ni pretensión de suspensión ni argumentación sobre la celebración de la prueba, ni en concreto sobre la declaración de la víctima.

La denegación de la suspensión del juicio oral requiere que, efectivamente, esta suspensión se haya instado desde la parte que la interesa, sin que en autos conste esa pretensión de suspensión, ni protesta por la denegación de la celebración en el juicio de una prueba sobre cuya posibilidad y capacidad hay completos informes.

La defensa del recurrente no actuó conforme exige la ley procesal para instar la denegación de la suspensión del juicio oral y tampoco planteó al tribunal la justificación de la petición de suspensión, sino que se aquietó a la decisión del tribunal, apoyada en pruebas periciales, no siendo procedente una pretensión de nulidad del juicio una vez pronunciada la sentencia.

Segundo.

En el tercer motivo denuncia otro quebrantamiento de forma en el juicio oral, esta vez con amparo en el art. 850.3 de la ley procesal , la denegación de preguntas a dos peritos psicólogas.

El motivo debe ser desestimado. Según establecen las SSTs. 237/2009 de 6.3 , 150/2009 de 17.2 , para que el motivo basado en el art. 850.3 LECrim , prospere se requiere:

- a) Que cualquiera de las partes haya dirigido preguntas a un testigo.
- b) Que el presidente del Tribunal, no haya autorizado que el testigo conteste a alguna pregunta.
- c) Que la misma sea pertinente, es decir, relacionada con los puntos controvertidos.
- d) Que tal pregunta fuera de manifiesta influencia en la causa.
- e) Que se transcriba literalmente en el acto del juicio; y
- f) Que se haga constar en el acta la oportuna protesta.

Examinada el acta del juicio oral no se llega a entender la impugnación, pues no consta que se denegara pregunta alguna a las peritos Filomena , por cuya incomparecencia se llegó a suspender el señalamiento, ni a la perito Genoveva . Tan sólo consta como denegada una pregunta a la madre de la víctima por la que la defensa pretendió indagar sobre las causas de



www.civil-mercantil.com

su separación, pregunta que era impertinente y sobre la que el recurrente no plantea la impugnación.

El motivo, consecuentemente, se desestima.

Tercero.

En el primer motivo denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. Cuestiona la suficiencia de una testifical no practicada en el juicio oral y, seguidamente, cuestiona, las contradicciones en las que incurrió la madre, sobre las horas de los hechos. Con relación a la testifical anticipada cuestiona la existencia de falta de corroboraciones a su testimonio.

El motivo carece de base atendible y de ser desestimado. El derecho a la presunción de inocencia comporta la prohibición constitucional de condena sin que se hayan realizado pruebas de cargo, válidas, revestidas de las necesarias garantías, referidas a todos los elementos esenciales del delito, y de las que quepa inferir razonable y concluyentemente los hechos y la participación del acusado sin quebras lógicas y sin necesidad de "suposiciones" frágiles en exceso.

No impone la presunción de inocencia la exigencia de que esas pruebas sean aptas para convencer de la culpabilidad a todo observador imparcial externo. Sólo existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo (SSTC 68/2010, de 18 de octubre Fundamento Jurídico Cuarto ; 107/2011, de 20 de junio - Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a -), o 126/2011, 18 de julio - Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-). Presunción de inocencia es compatible con que una misma actividad probatoria sea capaz de generar conclusiones divergentes en jueces igualmente imparciales.

Es por ello que a esta Sala cuando conoce de un recurso de casación amparado en la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia debe constatar que el tribunal dispuso de la precisa actividad probatoria, producida legal y regularmente, estos es, acomodada a las exigencias de la ley y de los principios que informan el proceso penal y, concretamente, las exigencias de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, con las excepciones a cada supuesto derivadas de la previsiones legales. Además, debe observarse el cumplimiento de la obligación de motivar la convicción lo que se realiza desde el examen de la racionalidad de la expresión de la convicción y su justificación en la motivación de la sentencia.

Al introducir un juicio de racionalidad, dijimos en la STS 794/2014, de 4 de diciembre , dentro del margen de fiscalización que se habilita desde la presunción de inocencia se crean puntos de confluencia con el derecho a la tutela judicial efectiva desde el momento en que es exigencia anudada a ella que la respuesta jurisdiccional sea racional. La "suficiencia" de la prueba evidenciada por la motivación coherente y sin fisuras del Tribunal es uno de los perfiles de la presunción de inocencia de contornos más vaporosos o difusos. No por ello podemos prescindir del juicio que debe hacerse desde él.

La declaración de la víctima es una prueba hábil para conformar una convicción judicial, aunque sea única y aunque emane de la víctima. El clásico axioma testis unus testis nullus ha sido erradicado del moderno proceso penal (STS 584/2014). El hecho de que la prueba esencial fundante de la condena sea básicamente un testimonio, el de la víctima, es compatible con la presunción de inocencia. Están superadas épocas en que se desdeñaba esa prueba única (testimonium unius non valet), considerándola insuficiente por "imperativo legal" y no como conclusión emanada de la valoración libre y racional de un Tribunal.



www.civil-mercantil.com

En el caso no existe sólo la declaración de la víctima. Recogemos de la argumentación de la sentencia impugnada y del examen de la causa que la menor denuncia el hecho a su madre y expresa unos datos de identificación ciertamente singulares, es el dueño de un perro al que conoce por el nombre. El acusado también admite esa relación, a partir del mismo perro. Las pruebas periciales médicas evidencian los hechos, los tocamientos en el pecho y zona genital. Incluso se ha practicado una pericial de ADN en la que se han recogido una cantidad "escasísima" de semen que examinado refleja una presencia de 14 de los 16 marcadores de alelos del acusado. Con respecto a los dos restantes no es que se identifique a otra persona, sino que la escasa recogida de la muestra impide la determinación de la identificación. Por ello no puede afirmarse indubitablemente la correspondencia del vestigio con el acusado, pero, ciertamente, es muy sugerente.

La declaración de la víctima, su identificación a partir de la pertenencia del perro, la prueba pericial sobre la realidad de los hechos y la identificación del acusado, permite afirmar, como hace el tribunal los hechos que son imputados al acusado y que se basan en una actividad probatoria suficiente.

El tribunal de instancia, además de las pruebas periciales y las testificales que por referencia narraron los hechos, tuvo en cuenta la prueba testifical de la víctima practicada, como hemos señalado, como prueba anticipada. Al respecto, recordemos, la reciente Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2015, (nº 71/2015), en la que se analiza un supuesto de valoración de la prueba del sumario respecto a la testifical de una víctima que por su corta edad, no hace aconsejable su presencia en el juicio oral. En definitiva, una ponderación de las necesidades de practicar la prueba en el juicio oral con las exigencias de una debida protección del menor a fin de salvaguardar el superior interés y su específica protección.

" 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 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 inculpado, 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

CEF.-**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

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. 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 1 5), 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). 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. 1 7, 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 «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

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

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). 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

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

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 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. 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)"..... 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). 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. 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



www.civil-mercantil.com

defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias".

En el juicio oral se observaron las garantías prescritas en la ley y dispuestas en la interpretación jurisprudencial. La víctima de los hechos declaró en el proceso de investigación con intervención de las partes y, concretamente, de la defensa del acusado que intervino en la indagación de la menor y discapaz. Pericialmente se había informado sobre su conveniencia tanto para asegurar la resultancia de la prueba como para proteger a la menor, destacando en el informe las dificultades cognitivas y de capacidad para recordar los hechos, lo que incidía en la necesidad de celebración inmediata. Así se hizo con aquiescencia del acusado. Al tiempo de calificar los hechos reitera la testifical y se le deniega con reiteración del informe forense y a esa declaración se aquieta la defensa que no recurre ni lo reproduce en el juicio oral. Por último, en el juicio oral se practica una profusa actividad sobre el hecho y la participación del acusado que hace innecesaria la prueba en su día denegada y aceptada por la defensa.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

Cuarto.

En el cuarto, y último, motivo denuncia el error de derecho producido en la sentencia al imponer una pena que excede del marco penal previsto en el tipo de la condena.

Condenado por un delito de abuso sexual del art. 181, que conlleva una pena de uno a tres años o multa, la pena impuesta de 3 años y seis meses excede del marco penal dispuesto. También denuncia la vulneración del principio "non bis in idem" al afirmar la doble consideración de la minusvalía afirma conformar el tipo del abuso sexual y la agravación del art., 180.1.3 del Código penal .

El motivo cuenta con el apoyo del Ministerio fiscal y debe ser estimado.

En primer lugar porque se ha producido un error de subsunción pues la deficiencia psíquica que presentaba la víctima, expuesta en la sentencia, ha conformado la tipicidad del hecho en la consideración de abuso sexual no consentido por el abuso del trastorno mental, y además, para conformar la agravación del art. 180.1.3, la especial vulnerabilidad por la deficiencia psíquica declarada concurrente. La sentencia declara el abuso sexual a partir del conocimiento de la deficiencia psíquica de la víctima y el aprovechamiento de esa condición para la realización de la conducta declarada probada. Subsumida la misma en el tipo del abuso sexual no es factible volverla a considerara para la agravación específica.

Se ha producido otro error, esta vez en la individualización de la pena, pues aún en el supuesto de que concurriera la agravación del art. 180.1.3 del Código penal , la pena procedente lo sería en la mitad superior de la pena prevista, no en la pena superior en grado como ha realizado el tribunal de instancia.

Procede, en consecuencia, imponer la pena prevista en el tipo penal de uno a tres años de multa.

La gravedad de los hechos probados, no sólo la conducta declarada sino el conocimiento del autor y víctima derivado del perro que el acusado paseaba, logró allanar el camino para la realización de la conducta y las consecuencias del hecho en la psique de la víctima, que aparecen reflejadas en las periciales practicadas, hacen proporcionada la pena de prisión de dos años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio, y la pena de prohibición de aproximarse a la víctima y de comunicarse con ella de cualquier modo, por el tiempo de tres años y seis meses, ratificando la argumentación, a salvo de la duración de la medida, expuesta en el fundamento octavo de la sentencia impugnada.

III. FALLO



www.civil-mercantil.com

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación del acusado Hilario , contra la sentencia dictada el día 15 de julio de 2014 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria , en la causa seguida contra el mismo, por delito de agresiones sexuales, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de las costas causadas . Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Ana Maria Ferrer Garcia Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Febrero de dos mil quince.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Arrecife, con el número 2/12 y seguida ante la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, por delito de agresiones sexuales contra Hilario y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 15 de julio 2014 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.

Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

Segundo.

Que por las razones expresadas en el cuarto de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación parcial del recurrente.

III. FALLO

F A L L A M O S: Que debemos condenar y condenamos a Hilario como autor responsable de un delito de agresiones sexuales a la pena de 2 AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio, y la pena de prohibición de

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

aproximarse a la víctima y de comunicarse con ella de cualquier modo, por el tiempo de tres años y seis meses, ratificando la argumentación, a salvo de la duración de la medida, expuesta en el fundamento octavo de la sentencia impugnada.

Asimismo se le impone el pago de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Ana Maria Ferrer Garcia Carlos Granados Pérez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, 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.