



Roj: **STS 3450/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3450**

Id Cendoj: **28079120012021100700**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2021**

Nº de Recurso: **4372/2019**

Nº de Resolución: **690/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 690/2021**

Fecha de sentencia: 15/09/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4372/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/09/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MMD

Nota: ATENCIÓN: NO SE PUEDE ENTREGAR COPIA DE LA PRESENTE SENTENCIA SIN SU PREVIA OCULTACIÓN DE AQUELLOS DATOS QUE PERMITAN SU IDENTIFICACIÓN (NOMBRE, APELLIDOS, FECHA DE NACIMIENTO, NÚMERO DE RECURSO DEL T.S, NÚMERO DE RECURSOS DE ORIGEN).

RECURSO CASACION núm.: 4372/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 690/2021**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 15 de septiembre de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4372/2019 interpuesto por **Ismael**, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. María José León León, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Lourdes Martínez Campos, contra la sentencia nº 79/2019 dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla con fecha 1 de julio de 2019, en el Rollo de Sala P.A. nº 1257/2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida la Letrada de la Junta de Andalucía.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 instruyó Procedimiento Abreviado nº 87/2017 contra Ismael y Juliana por un delito continuado de abusos sexuales y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, que en el Rollo de Sala P.A. nº 1257/2019, dictó sentencia nº 79/2019, de fecha 1 de julio de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<Primero.- Los acusados D. Ismael Y D<sup>a</sup> Juliana, cuyas circunstancias personales ya se han reseñado, contrajeron matrimonio el día 15 de agosto de 1999, teniendo tres hijos: Miguel, nacido el NUM000 de 2000; Obdulio nacido el NUM001 de 2002 y Juan Ramón, nacido el NUM002 de 2007. Tenían establecido el domicilio familiar en la CALLE000 nº NUM003 de DIRECCION000 (Sevilla).

Segundo.- En fechas no concretadas anteriores mes de octubre del año 2015 en más de una ocasión el acusado Ismael acudió por la noche a la habitación donde dormían sus tres hijos y para satisfacer sus apetitos sexuales abordaba la cama de Juan Ramón haciendo al mismo objeto de tocamientos y frotamientos en sus genitales y en su trasero.

Tercero.- Al tenerse conocimiento de tales hechos por informaciones recibidas el 20 de octubre de 2015 de la Unidad de Salud Mental Infanto-Juvenil (USMI-J) del HOSPITAL000 " de esta capital, por Resolución de la delegada territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía en Sevilla de fecha 22 de octubre de 2015 de forma cautelar se declaró la situación provisional de desamparo respecto de los tres hijos del matrimonio, asumiendo su tutela y constituyendo el acogimiento residencial en centro adecuado, que en el caso de Juan Ramón y Obdulio fue el centro " DIRECCION001 ", en el que ingresaron el día 23 de octubre de 2015, con suspensión de las visitas y comunicaciones con sus progenitores y establecimiento de un régimen de visitas con los abuelos maternos y tíos de los menores.

Cuarto.- No consta que la acusada D<sup>a</sup> Juliana conociera lo que su esposo hacía a su hijo Juan Ramón . >>

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

<<Condenamos a D. Ismael como autor de un delito continuado de abusos sexuales ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de la mitad de las costas devengadas en esta instancia.

Se le impone, además, ateniéndose su cumplimiento a los términos del séptimo Fundamento:

- 1) la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad durante cinco años.
- 2) la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, a cumplir con posterioridad a la pena de prisión.

Absolvemos libremente a D<sup>a</sup> Juliana del mismo delito por el que es acusada, declarando de oficio la otra mitad de las costas devengadas.

En pago de responsabilidades civiles, D. Ismael indemnizará a su menor hijo Juan Ramón por secuela y daño moral en la cantidad de doce mil euros (12.000 €), debiendo estarse en ejecución de sentencia en ambos casos a lo previsto en el artículo 576 de Ley de Enjuiciamiento Civil. >>

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, 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:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Ismael :

**Primero.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim, por violación del art. 24.1 y 2 CE, en concreto el derecho a un procedimiento con todas las garantías, al vulnerarse



las normas más esenciales de cualquier procedimiento y vulneración del derecho de defensa, al producir la tramitación del presente imposibilidad de ejercitar el derecho de defensa del recurrente.

**Segundo.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim, por violación del art. 24.1 y 2 CE, en concreto el derecho a un procedimiento con todas las garantías, al vulnerarse las normas más esenciales de cualquier procedimiento; el derecho de defensa, al introducir cuestiones nuevas en el acto de la vista, causando al recurrente indefensión e impidiéndole ejercitar su defensa convenientemente.

**Tercero.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim, por violación del art. 24 CE, derecho a la presunción de inocencia.

**Cuarto.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 183 CP.

**QUINTO.-** Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 8 de septiembre de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Ismael

**PRIMERO.-** El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim por violación del art. 24.1 y 2 CE, en concreto el derecho a un procedimiento con todas las garantías, al vulnerarse las normas más esenciales de cualquier procedimiento y vulneración del derecho de defensa, al producir la tramitación del presente imposibilidad de ejercitar el derecho de defensa del recurrente.

Argumenta que el tribunal sentenciador ha ponderado como única prueba la intervención de los psicólogos/psiquiatras como peritos y testigos de referencia, desplazando así la declaración de las víctimas, desplazando así el principio de contradicción así como el derecho de defensa del acusado por el hecho de que la víctima era menor de edad, vulnerando ello el derecho a un procedimiento con todas las garantías.

Insiste en que pese a las múltiples opciones que existían para aportar la declaración de los menores al acto del juicio (incluso aportando las grabaciones de las sesiones efectuadas por las psicólogas) se optó por el desplazamiento del principio de contradicción, impidiendo al recurrente ejercitar su derecho de contradicción, bien directamente, bien a través de expertos, por lo que no se ha garantizado las mínimas oportunidades exigibles para contradecir el testimonio del menor que ha dado lugar a su condena.

- Asimismo, respecto a la prueba pericial/testifical, cuestiona su virtualidad para enervar la presunción de inocencia en orden a la credibilidad de los testimonios de los menores, al tratarse de informes extraprocesales, desconociéndose cualquier dato respecto a la elaboración de los mismos, técnicas empleadas respecto a las sesiones efectuadas o respecto a las respuestas de los menores.

**SEGUNDO.-** En el caso presente, tal como destaca el Ministerio Fiscal en su documentado y exhaustivo informe, ofrece la peculiaridad de que los dos menores - Juan Ramón , víctima de los hechos, nacido el NUM002 -2007, de ocho años de edad en el momento de los hechos, y su hermano Obdulio , nacido el NUM001 -2002, presumible testigo de los hechos- no fueron oídos en el juicio oral, ni tampoco lo habían sido en fase instructora ante el juez, ni siquiera, a través de la fórmula contradictoria prevista en el art. 448 LECrim. Declaraciones inexistentes, por tanto, que no fueron introducidas por psicólogos designados por el juez, que hubieran formulado las preguntas sugeridas por las acusaciones o defensas. No hubo, por tanto, exploraciones, dado que no existieron como tales, ni pudieron por ello reproducirse videográficamente o por su lectura en el juicio.

Ahora bien, esta falta de declaración de los menores no fue debida a la inacción de las partes, dado que su exploración fue acordada, al menos en dos ocasiones, en fase de instrucción y si no se llevó a cabo fue a la vista de informes clínicos remitidos que exponían que su exploración sería contraproducente para el tratamiento que estaban recibiendo. Tratamiento que persistía con el mismo riesgo de involución en caso de haber sido llamados al plenario como testigos, tal como, en el propio juicio oral, informaron la psicóloga y la psiquiatra del HOSPITAL000 .

También considera el Ministerio Fiscal que debe valorarse un hecho incontrovertible, cual es que no solo el Ministerio Fiscal y la acusación particular dejaron de proponer esa prueba testifical de la víctima y de su



hermano, sino que fue también la propia defensa, ahora recurrente, quien no los propuso para la vista ni formuló protesta alguna.

Siendo así, en ausencia de aquellos testimonios, médicamente desaconsejados, la prueba articulada para acreditar los hechos fue la testifical indirecta o de referencia de la psicóloga y la psiquiatra de la Unidad de Salud Mental Infanto- Juvenil (USMI-J) del HOSPITAL000 ", a raíz de cuyas intervenciones se detectaron los hechos enjuiciados, así como la del psicólogo de ADIMA (asociación andaluza para la defensa de la infancia y prevención del maltrato infantil) que previamente había tratado a ambos menores a raíz de una investigación sobre posibles abusos sexuales del hermano mayor, Miguel , con el referido Obdulio , siendo importante destacar que en su informe de seguimiento de 9-5-2016 (ver folios 118 vuelto a 120 vuelto) considera que los dos menores Obdulio y Juan Ramón , eran víctimas de violencia sexual grave por parte de su hermano y presuntamente por parte de su padre.

La Sala de instancia, con apoyo en la prueba testifical-pericial antecitada, por la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 370.4, de aplicación supletoria a la Ley de Enjuiciamiento Criminal ( art. 4 LECivil) y por la propia doctrina de esta Sala Segunda (vid. ss. 906/2012, de 2-11; ATS 358/2018, de 18-2), entendió que los hechos habían sido probados y eran legalmente constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales previsto y penado en el art. 183.1 y 4 d) CP, en relación con los arts. 74 y 192.2 CP, redacción anterior a la LO 1/2015, por la realización de actos atentatorios contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años, a la fecha de los hechos, cometido con prevalimiento por la escasa edad del menor y la relación de parentesco -padre e hijo- que unía a los sujetos activo y pasivo del delito, lo que de forma patente disminuía sus posibilidades de reacción ante los abusos a los que era sometido.

Insiste el Ministerio Fiscal en que los informes periciales aconsejaron que no se practicara exploración alguna de los menores por los daños psicológicos que podrían ocasionarles, incrementando su victimización secundaria, ello sin culpa alguna del juez que por dos veces los citó para declarar y en ambas ocasiones los informes psicológicos desaconsejaron la prueba con poderosas razones que no podían ignorarse.

Eso supuso que ni las acusaciones ni la defensa, pudieran interrogar en algún momento a esos dos testigos, uno de ellos víctima del delito, aunque sí lo hicieron con igualdad de armas, a los testigos de referencia - psicólogos y psiquiatra- que los sustituyeron.

**TERCERO.-** Con carácter previo es preciso recordar -coincidiendo en este punto con la sentencia recurrida- conforme las SSTS 95/2014, de 20-2; 381/2014, de 21-5; 632/2014, de 16-10, 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, la cuestión suscitada ha sido ya abordada por esta Sala en otros precedentes, sentando una doctrina jurisprudencial 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 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 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. 60 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".

El análisis de la cuestión suscitada 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.

En esta dirección la STS 538/2018, de 8-11, precisa en cuanto a la declaración de menores que el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba. Y, en el artículo 707, se dispone que la declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación. Y, en el artículo 730, que podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección. Normas orientadas, pues, a evitar en la medida de lo posible la victimización secundaria de las víctimas menores de edad, mediante la reducción del número de las ocasiones en las que la víctima menor de edad es sometida a interrogatorio, garantizando al tiempo los derechos del acusado, especialmente los referidos a la defensa y relacionados con la vigencia efectiva del principio de contradicción. Todo lo cual tiene especial incidencia en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, fundamentalmente cuando se trata de abusos o agresiones sexuales (STS 735/2015, de 26 de noviembre).

Tal y como afirmamos en nuestra Sentencia 415/2017, de 8 de junio: "Cuando se trata de menores, especialmente cuando según la denuncia han sido víctimas de delitos contra la indemnidad sexual, es conveniente proceder a su exploración, en sede judicial, mediante el concurso de expertos, adoptando las necesarias medidas de protección, generalmente consistentes en realizar la exploración en sala independiente, con comunicación visual y de audio con la que ocupe el Juez y las partes, y garantizando la posibilidad de contradicción, para lo cual es imprescindible dar a las partes la oportunidad de estar presentes y de efectuar las preguntas que consideren oportunas, siempre que sean consideradas pertinentes por el Juez, a través del cual se trasladarán al experto para que las formule a la persona explorada en la forma que considere más conveniente. La ley (artículo 433 de la LECrim) exige estas garantías para que, al tiempo que se protegen los intereses de la persona menor de edad, se asegure la eficacia de los derechos del imputado. De forma que la exploración deberá ser grabada por medios audiovisuales, y en el caso de que no resulte posible o procedente el interrogatorio de las víctimas en el plenario, deberá procederse a la visualización de esa grabación."



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

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 401/2015, de 17 Junio, señalando que: "Recientemente hemos dicho - STS 925/2012, 8 de noviembre - que no siendo pacífico admitir la preconstitución probatoria durante la fase de investigación o instrucción ( arts. 433.2 y 448.3 y 4 LECrim como sustitutivo de la deposición de los menores en el acto del juicio oral, sí que lo es convenir que en supuestos como el examinado 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.

Se constata de la anterior jurisprudencia que los supuestos contemplados son aquellos en los que los menores han declarado con las necesarias formas de protección de la intimidad y evitación del daño secundario en el sumario y siempre bajo la supervisión judicial ( arts. 433, 448 y 707 LECrim), pero no lo han hecho en el juicio oral, por haberlo desaconsejado informes psicológicos.

En efecto, la no presencia en juicio del menor, bastando como prueba aquella declaración sumarial preconstituida, ha sido admitida -como ya hemos señalado- por esta Sala Segunda, conforme una jurisprudencia consolidada del TC, ss. 174/2011, de 7-11; 57/2013, de 11-3, recordando que en tales casos, "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" (FJ 3), que podría verse gravemente alterada con la inserción del menor en entorno de un procedimiento penal y, en particular, con el sometimiento al debate contradictorio entre las partes inherente a la dinámica del juicio oral. En tales supuestos, las manifestaciones verbales de los menores podrían llegar a erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena, si bien únicamente cuando se hubiera dado al acusado la posibilidad 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" (FJ 3), y que pasarían por ofrecer " una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual", y por "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 " ( STC 174/2011, citando el caso A.S. c. Finlandia, § 56) .

También enseña la STS nº 579/2019, que "se ha advertido de que la presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Ciertamente 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. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes de los que son elocuentes muestras las SSTS 96/2009, 10 de marzo; 593/2012, 17 de julio; 743/2010, 17 de junio y ATS 1594/2011, 13 de octubre. Ciertamente, como justificación de las especialidades que se deben adoptar en relación con esas declaraciones, se ha argumentado por los especialistas, no se trata sólo 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. Se justifica la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción en los supuestos de menores víctimas de determinados delitos, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, pero ello debe entenderse cuando sea previsible en cada caso que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños psicológicos. Además, obvio es decirlo, tal previsión ha de ser seriamente constatada".

**CUARTO.-** En cuanto al contexto normativo, las SSTS 1008/2016, de 1-2-2017; 579/2019, de 26-11:

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 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 artículo 13. 3 que en las actuaciones de protección "se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor".

En el artículo 17, la propia Ley Orgánica 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".

El Estatuto de Protección a la Víctima, aprobado por Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 establecía en su artículo 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 estas puedan por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar este objetivo, por cualquier medio compatible con los principios fundamentales de su derecho".

En relación con esa norma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( TJUE) en su Sentencia de 16 de junio de 2005 [asunto C-105/200 3, conocido como "caso Pupino", en el que la víctima era una niña de tan sólo cinco años de edad] 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, además del ya citado artículo 8.4 el art. 2.2 de la Decisión ordena: "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", y el 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".

Ya la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, "exhortaba a grabar, en las investigaciones penales, las declaraciones de las víctimas que sean menores. Al objeto de emplear después dicha grabación como medio de prueba".

La Ley 204/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito, prescribe: Artículo 19: "Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada.

En el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso.

Y el artículo 26.1 del mismo texto, señala como "medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, lo siguiente: 1. En el caso de las víctimas menores de edad y en el de las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular serán aplicables las siguientes: a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos".



De conformidad con ello, el último párrafo del art 448 Ley de Enjuiciamiento Criminal (según la redacción dada por la Ley 204/2015, de 27 de abril), indica que: "La declaración (ante el Juez de Instrucción) de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba".

Y el artículo 707, párrafos segundo y tercero de la Ley de enjuiciamiento criminal (en redacción igualmente procedente de la Ley 204/2015), señala que: La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.

El art. 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial precisa que: 1. Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación. 2. Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley. 3. Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.

**QUINTO.-** Sobre la regulación en Derecho comparado, en la STS 632/2014, de 14-10, 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 nº 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 comparecencia en el juicio. En Finlandia, la ley que entró en vigor el 1 de enero 2014 también prevé la obligación de audio-vídeo 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.

En definitiva, en relación a aquel módulo general, pueden establecerse, conforme la sentencia antes citada 579/2019, los siguientes principios o reglas metodológicas:

1.- Es regla general en nuestro derecho procesal la necesidad de que los Tribunales deben velar por la observancia del principio de contradicción relacionado con el derecho de defensa, en virtud del cual el letrado de la defensa tiene derecho a interrogar en el plenario a quien alega ser víctima de un hecho delictivo.

2.- El derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo consagrado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6 ) e implícitamente comprendido en el derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el art. 24 CE, es ingrediente esencial del principio de contradicción, exigencia del derecho de defensa.

3.- 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.

4.- Que se garantice el principio de contradicción en la fase de instrucción no quiere decir que la defensa renuncie a este principio en la fase de plenario.

5.- En principio el menor debe declarar como cualquier testigo tanto en fase de instrucción como en el juicio oral, sin perjuicio de que se adopten las medidas de protección que prevé el Estatuto de la Víctima ( arts. 25 y 26), la LOPJ ( art. 229) y la LECrim., (arts. 325 y 707). La presencia de un menor víctima del delito no supone una derogación de las garantías procesales.

6.- Si opta por recurrirse a la prueba preconstituida es relevante que en la práctica de la diligencia se respete escrupulosamente el principio de contradicción y el derecho de defensa, hasta el punto que esta cuestión es la que ha suscitado el mayor número de nulidades procesales.

7.- La relevancia de las declaraciones de los menores víctimas del delito -especialmente en el caso de delitos contra la libertad sexual- es indudable, máxime si se tiene en cuenta el singular contexto de clandestinidad en el que se producen este tipo de conductas, por lo que de ordinario suele tratarse de la única prueba directa de cargo.

8.- Por más que en la prueba preconstituida se garantizase la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral. Que se haya practicado una prueba preconstituida no quiere decir que se cercena el derecho de una de las partes de pedir que esa declaración se lleve al plenario, en base al principio de concentración de la prueba en el plenario y derecho de contradicción aplicable al juicio oral.

9.- La plena contradicción sólo es posible en el juicio oral, pues sólo en ese momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla.

10.- Existe una regulación protectora en la metodología de la declaración de los menores en los arts. 433, 448, 707, 730 Lecrim, así como una regulación normativa que propugna evitar la victimización secundaria de la víctima en el proceso penal a la hora de prestar declaración, como 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, 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, La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, artículos 11. 2, 13 y 17, La Ley 204/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito, Artículos 19, y 26.

11.- No se 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. Este no es un principio o una máxima que por sí misma y considerada objetivamente cercene y altere el derecho de defensa.

12.- Cuando existan razones fundadas y explícitas puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Ello podrá obtenerse bien por un informe que avale que la presencia en el plenario de la menor puede afectarle seriamente, o bien por cualquier otra circunstancia que permite objetivar y avalar



por el Tribunal la existencia del perjuicio del menor de declarar en el juicio oral, por lo que no existe una especie de "presunción de victimización secundaria", sino que ésta debe reconocerse cuando el Tribunal pueda "ponderar" y valorar las circunstancias concurrentes en cada caso y estar en condiciones de que, objetivamente, quede constancia de que prima esta vía por encima del principio de contradicción mediante el interrogatorio en el plenario, y no solo con la prueba preconstituida.

13.- Es cierto que se justifica la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción en los supuestos de menores víctimas de determinados delitos, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, pero ello debe entenderse cuando sea previsible en cada caso que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños o afectación de su presencia en el plenario cuando ya declaró en sede de instrucción. Además, obvio es decirlo, tal previsión ha de ser seriamente constatada.

**SEXTO.-** No obstante lo anterior, el problema que se plantea en el presente recurso es que esa declaración contradictoria en el sumario, ante un profesional experto, con intervención judicial y contradicción asegurada, grabada o no, no se llevó a cabo, por lo que no pudo reproducirse en el plenario, bien por la visualización de la grabación, bien por su lectura, en su caso.

A lo que se añade que ninguna de las partes, ni las acusaciones ni la defensa, solicitó como prueba la exploración de los menores en el acto del juicio oral, por lo que el tribunal de enjuiciamiento, nunca se pronunció sobre la posibilidad de practicar dicho interrogatorio formal y contradictorio, aceptándolo, denegándolo o sometándolo a condiciones, esto es, no se pronunció sobre la posibilidad de interrogatorio directo de los menores, ni lo obstaculizó o impidió.

En este punto 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 un 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 las acusaciones. El acusado no tiene que probar la falsedad de la acusación, incumbiendo a la parte acusadora el acreditar su veracidad ( STS 125/2002, de 29-2).

**SÉPTIMO.-** Ahora bien, constatado ese déficit probatorio en relación a la declaración de los menores, 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 acusación haya sido introducido en el plenario, de acuerdo con los principios del derecho probatorio.

En base a ello la sentencia recurrida argumenta que existe una causa legítima que ha justificado que no sólo los dos menores no hayan sido oídos en el juicio oral sino que tampoco lo fueran en fase de instrucción, en donde en dos ocasiones, al menos, fue desaconsejada su exploración por los informes clínicos remitidos que exponían que la exploración sería contraproducente para el tratamiento que estaban recibiendo los niños. Tratamiento que persiste en la actualidad con el mismo riesgo de involución en caso de haber sido llamados al plenario, como en el juicio oral informaron la psicóloga y la psiquiatra del HOSPITAL000 . Así, la primera de ella detectó desde el principio en Obdulio una sintomatología de posible origen psicótico, en forma similar que respecto de Juan Ramón detectó la citada psiquiatra. Ambas profesionales, quienes llevan tratando a los aún menores de hace unos cuatro años, coincidieron en que ambos presentan una clínica traumática. De Juan Ramón manifestó la psiquiatra que todavía en la actualidad seguía teniendo pesadillas y sueños con contenido que hacían pensar en una relación con experiencias traumáticas.

Consecuentemente con ello considera plenamente justificado el recurso a la prueba testifical de referencia, sobre todo, recordando que todas las partes habían coincidido en la proposición de la psicóloga y la psiquiatra como testigos- peritos.

Pues bien, razona el Tribunal a quo, que de las declaraciones de los tres testigos-peritos mencionados las más relevantes son las de la psicóloga y la psiquiatra de la Unidad de Salud Mental Infanto-Juvenil (USMI-J) del HOSPITAL000 " de esta capital.

Ya se dijo que fue la primera, quien tuvo a su disposición el informe de ADIMA (tras la derivación de Obdulio desde la Unidad de Salud Mental Comunitaria de DIRECCION000 a sugerencia del psicólogo de aquella asociación), la que detectó en su tratamiento, iniciado el 6 de agosto de 2015, indicios de la posibilidad también de abusos sexuales en Juan Ramón por lo que sugirió que este último fuera llevado por su madre a la Unidad



para ser atendido (propuso la derivación de Juan Ramón , según dijo), iniciando tratamiento con la psiquiatra el 15 de octubre de ese año.

Esta última, la psiquiatra, narró que tras una entrevista conjunta con Juan Ramón y su madre, pasó al tratamiento individualizado con el menor en quien detectó indicadores que catalogó como inespecíficos, esencialmente miedos al asustarse y pesadillas, también enuresis nocturna que la madre dijo que padecía desde hacía unos tres años cuando sufrió, al parecer, abuso del hermano mayor. Miedos que la madre le decía que desaparecían cuando el niño iba con sus abuelos maternos, con los que quería irse a vivir. Fundamental fue el dato que la psiquiatra narró de cómo en una entrevista conjunta Juan Ramón intervino para decir que tenía miedo a su hermano mirando a su madre, lo que la decidió a quedarse a solas con el niño, ocasión en la que tomando un cojín con forma de corazón que había en las dependencia junto con otros juguetes empleados en las entrevistas con los menores que eran allí atendidos, Juan Ramón empezó a hablar de sustos cuando ocurrían los "saltos de alegría" del padre con él, y cuando le preguntó en qué consistían el niño frotaba sus genitales contra el cojín. Según manifestó el niño también le contó que cuando hacía eso su padre decía que no lo haría más pero que lo volvía a hacer, lo que obviamente le hizo pensar en una repetición de los actos, destacando que en una ocasión al llegar a la consulta Juan Ramón con cierta alegría le dijo que "este fin de semana no ha pasado nada.

Como decían ambas profesionales en su informe 19 de octubre de 2015 remitido tanto al Fiscal de Protección de Menores como a la delegación provincial en Sevilla de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, "hemos detectado a través de las verbalizaciones y asociaciones del menor durante la entrevista clínica y sesión de juegos signos e indicadores claros de sospecha de posibles abusos sexuales por parte de su padre como el que convive" en referencia a Juan Ramón .

A esta psiquiatra el relato de un evidente contenido sexual de Juan Ramón le resultó creíble por su espontaneidad y no tratarse de un relato estructurado y armado, exento de odio hacia su padre, aunque no de miedo y rechazo al mismo. Como dato significativo resaltó que en ocasiones Juan Ramón cogía el teléfono de la consulta y simulaba llamar a la policía por si "sabía algo", o que en una ocasión le pidió si le dejaba llevarse el cojín antes mencionado respondiendo, cuando ella le comentó que debía quedarse en la consulta para que otros niños pudieran jugar con él, lo quería para defenderse de su padre.

Ante las alegaciones de la defensa de los acusados en su informe acerca de haberse visto sorprendida en el juicio con la introducción de un dato (el relativo al cojín con forma de corazón más arriba mencionado), alegación que se reproduce en casación, destaca el tribunal a quo que ese dato aparecía en la descripción del resultado de las exploraciones de Juan Ramón contenido en informe de la referida psiquiatra obrante en los folios 124 y 125. Se refiere al informe de 31 de mayo de 2016 - asimismo obrante en los folios 466 468, folios 487 a 489 y folios 517 a 519- que refleja manifestaciones literales del menor (cuando le decía su padre que no le hiciera porque le molestaba el niño comentaba que su padre "decía que no, pero volvía a hacerlo") y descripción de escenificaciones de lo que con el hacía, como las del citado cojín, incluyendo la referencia al miedo que tenía su padre (expresando necesidad de "defenderse de él, con una máscara para esconderme, seré yo como un policía"). La psiquiatra aludió en el juicio a que el niño dormía con una pistola o espada a modo de defensa, y que el tan citado cojín se lo pidió precisamente para usarlo como máscara frente al padre.

Con estas manifestaciones, unidas a la realidad de los padecimientos psicológicos del menor, aún en tratamiento al día de hoy, vinculados a experiencias traumáticas, como quedó dicho, el Tribunal a quo entendió demostrados los hechos imputados al acusado Ismael en los términos formulados por ambas acusaciones, esto es, haber hecho objeto a su hijo Juan Ramón -nacido el NUM002 de 2004- de tocamientos en sus partes íntimas por la noche en el dormitorio en el que este se hallaba con sus otros dos hermanos, sin que este tribunal hubiese considerado oportuno pronunciarse sobre lo que se imputaba un tercer hermano (sobre Obdulio ) por no pertenecer al objeto estricto de enjuiciamiento. Tocamientos que tuvieron lugar en más de una ocasión pudiendo cifrarse sólo la fecha en la que tuvieron finalización, en el mes de octubre del año 2015 cuando se inició el tratamiento más arriba mencionado.

**OCTAVO.-** Ante las objeciones del recurrente sobre la virtualidad probatoria de estas testificales, dada su condición de testigos de referencia, en SSTS 1251/2009, de 10-12; 152/2018, de 2-4; 580/2021, de 1-7, hemos recordado como el Tribunal Constitucional tiene declarado que: "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 ( SSTEDH 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).

Por ello si el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios o bien el de una prueba subsidiaria para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo porque se desconozca su identidad, haya fallecido, o por cualquier otra circunstancia que hará imposible su declaración testifical.

No obstante, la testifical de referencia si puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral. El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otros testigos -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-.

Ello no obsta, tampoco, para que el testigo de referencia pueda valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente, dado que el testimonio de referencia puede tener distintos grados, según que el testigo narre lo que personalmente escuchó y percibió -auditio propio- o lo que otra persona le comunicó -auditio alieno- y en algunos de percepción directa, la prueba puede tener el mismo valor para la declaración de culpabilidad del acusado que la prueba testifical directa -SSTC. 146/2003, 219/2002, 155/2002, 209/2001-.

Llegados a este punto se puede concluir que la declaración de los testigos de referencia por sí sola únicamente puede aportar algún tipo de ciencia en cuanto a lo que estos testigos observaron personalmente, pero carece de aptitud para acreditar que lo manifestado por la supuesta víctima en el momento en que acudieron a su auxilio sea realmente veraz, por lo que en base al solo testimonio referencial no podría reconstruirse válidamente el hecho histórico, si este constituyera la única prueba de cargo de la conducta criminal.

En definitiva, esta Sala de casación tiene establecido que los testigos de referencia no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen sólo son las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo es lo único que puede resultar de la veracidad de lo declarado por aquéllos, y, en consecuencia, subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar. Los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECr., tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquel a quien se oyó equivaldría a privilegiar una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción. Por ello el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración



testifical. Y aún en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza de la fuente de su conocimiento, que es indirecta o mediata respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad depende de la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído a presencia del Tribunal ( SSTS 31/2009, de 27-1; 129/2009, de 10-2; 681/2010, de 15-7; 757/2015, de 30-11; 586/2016, de 4-7; y 415/2017, de 8-6; 597/2017, de 24-7).

**NOVENO.-** En el caso presente no se especifica que hubiera impedimento alguno para que las sesiones realizadas por la psicóloga y psiquiatra de la Unidad de Salud Mental Infanto-Juvenil del HOSPITAL000 hubieran podido ser grabadas en formato audiovisual con las exigencias previstas en la LECrim y que esas grabaciones hubieran podido así acceder al juicio oral para su visionado. Los informes clínicos no se pronuncian expresamente sobre esa posibilidad.

Ello debilita en grado sumo la posibilidad de acudir a aquellos testigos de referencia, a lo que se añade otra dificultad, en este caso insalvable, cual es que, aun admitiendo que a través del testimonio de referencia, pudiera aceptarse que el menor hubiese hecho las manifestaciones de haber sido objeto de abusos, ello no puede implicar que, sin más pruebas, el informe de aquellos testigos-peritos en orden a la credibilidad del menor sobre la realidad de los abusos, sea suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

En efecto, respecto a los informes de los peritos sobre credibilidad de los menores debemos recordar que 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 sobreentendidos. 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 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.

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 algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos ( art. 456 LECrim). Apreciar significa precisamente ponderar el valor de las cosas. Se tendería a 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 decisoria 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 para decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado (Cfr. STS 485/2007, 28 de mayo).

**DÉCIMO.-** Y en todo caso resulta relevante destacar que esas entrevistas que realizaron la psicóloga y la psiquiatra debieron haber sido grabadas audiovisualmente, sin que en el caso presente conste lo fueran -y en todo caso de haberlo sido no se aportaron-, 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 el menor y para comprobar si la técnica utilizada por los profesionales fue correcta en sus entrevistas, estructuradas o no, evitando cualquier género en su gestión incompatible con las exigencias procesales (ex art. 439, 709 y concordantes LECrim) garantizadoras de la espontaneidad de todo testimonio.

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.

Así:



- No se practicó por el juez de instrucción exploración alguna de los menores en cualquiera de las formas previstas en la ley.

- No se adoptaron ninguna de las medidas precautorias que armonizan la protección integral del menor ante el riesgo de la integridad y equilibrio mental, frente al insoslayable derecho de defensa del acusado, por cuanto se realizaron unas entrevistas por parte de especialistas (psicóloga y psiquiatra) sin control judicial, sin que conste su grabación audiovisual -en todo caso no se aportó la misma- y sin que se posibilitara a la defensa pedir aclaraciones o ampliaciones.

- La declaración de los menores no fue propuesta como prueba en el plenario, con el resultado de que la defensa no ha podido verles, ni escuchar las manifestaciones efectuadas por éstos y tampoco han podido ser vistos y oídos por el tribunal sentenciador, ni de modo directo ni indirecto, al no haberse grabado su exploración ante aquellos profesionales.

Y desde luego -como ya se ha indicado- no puede sustituirse el pronunciamiento de credibilidad que corresponde en exclusiva a los tribunales por el que consideren los testigos-peritos (psicóloga y psiquiatra) que recibieron el relato de los menores.

**UNDÉCIMO.**- Estimándose el motivo, con la consiguiente absolución del recurrente, no es necesario analizar el resto de los motivos del recurso.

**DUODÉCIMO.**- Estimándose el recurso, se declaran las costas de oficio ( art. 901 LECrim).

## FALLO

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

**1º) Estimar** el recurso de casación interpuesto por representación procesal de **Ismael** , contra la sentencia nº 79/2019 dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla con fecha 1 de julio de 2019, en el Rollo de Sala P.A. nº 1257/2019.

**2º)** Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Vicente Magro Servet Carmen Lamela Díaz

RECURSO CASACION núm.: 4372/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 15 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4372/2019, interpuesto por la representación procesal de Ismael , con DNI nº NUM004 , nacido el NUM005 de 1966, hijo de Victor Manuel y de Paulina , natural y vecino



de DIRECCION000 (Sevilla), contra la sentencia nº 79/2019 dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla con fecha 1 de julio de 2019, en el Rollo de Sala P.A. nº 1257/2019, en causa seguida por delito continuado de abusos sexuales, sentencia que ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda. Se suprimen por ello los apartados 2 y 4 de los hechos probados.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Tal como se ha razonado en los fundamentos de derecho de la sentencia precedente, procede absolver a Ismael del delito continuado de abusos sexuales por el que había sido condenado, al no haberse practicado prueba suficiente en el plenario para enervar su presunción de inocencia.

#### FALLO

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

**Absolver** a Ismael del delito continuado de abusos sexuales por el que había sido condenado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla en sentencia de 1 de julio de 2019, recaída en el Rollo de Sala P.A. nº 1257/2019, declarándose de oficio las costas correspondientes y dejando sin efecto cuantas medidas asegurativas se tomaron en su contra.

Se mantiene el pronunciamiento absolutorio recaído en relación a Juliana .

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Vicente Magro Servet Carmen Lamela Díaz