



Roj: **STS 1374/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1374**

Id Cendoj: **28079120012018100177**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/04/2018**

Nº de Recurso: **1984/2017**

Nº de Resolución: **178/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 178/2018

Fecha de sentencia: 12/04/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1984/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia

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

Transcrito por: CPB

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1984/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 178/2018

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 12 de abril de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1984/2017, interpuesto por **D. Demetrio**, representado por la procuradora D^a Silvia Iniesta Medina, bajo la dirección letrada de D. Eduardo Montés Hernández, contra la sentencia dictada por la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha 23 de junio de 2017. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida **D^a Tomasa**, representada por la procuradora D^a María Paula Carrillo Sánchez, bajo la dirección letrada de D. Felipe Sánchez-Chiquito Morón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000, instruyó Sumario nº 1/2014, contra D. Demetrio, por dos delitos continuado de agresión sexual cometido sobre menores y un delito de exhibición de material pornográfico sobre menores y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de que en la causa nº dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«Se declara probado que durante el año 2012 y hasta agosto de 2013 el acusado Demetrio, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, mantuvo una relación sentimental análoga a la matrimonial con Tomasa, madre de las menores Francisca, nacida el NUM000 de 2003, y Rosa, nacida el NUM001 de 2006, conviviendo todos ellos en el domicilio sito en la CALLE000 número NUM002 de DIRECCION000.

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

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

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

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

Finalmente, a primeros de octubre de 2012 el acusado llevó a Francisca al taller de un amigo sito en la misma localidad de DIRECCION000 y después de decirle "voy a follarme a mi novia", subió con ella a una habitación situada en el piso superior, rogándole la niña que no le hiciera nada y respondiéndole el acusado que debía hacer lo que le pidiera o de lo contrario mataría a su madre. El acusado desnudó a Francisca y la acostó en la cama boca abajo, seguidamente se desnudó él y la penetró con su pene por el ano con ánimo de satisfacer su deseo sexual, y mientras la penetraba pedía a la menor que gimiera como en las películas que veía.»

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

«**FALLO.**- En atención a todo lo expuesto la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad el Rey

ha decidido:

Primero: Condenar a Demetrio, como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito continuado de agresión sexual sobre menor de trece años, un delito de agresión sexual sobre menor de trece años y un delito de exhibición de material pornográfico entre menores, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, por el delito continuado de agresión sexual, de quince años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta; por el delito de agresión sexual a la pena de trece años y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta y, por el delito de exhibición de material Pornográfico, a la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele igualmente la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años a cumplir con posterioridad a las penas de prisión.



Segundo: Condenar a Demetrio a que indemnice Francisca , a través de su madre, Tomasa , en 30.000 euros por el daño moral sufrido, y a Rosa , también a través de su madre Tomasa , en 10.000 euros igualmente por el daño moral sufrido, más los intereses determinados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Tercero: Condenar a Demetrio al pago de tres cuartas partes de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

Cuarto: Absolver a Demetrio de uno de los delitos continuados de agresión sexual de que se le acusaba, con declaración de oficio de una cuarta parte de las costas causadas.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Reclámese del instructor, debidamente terminada, la pieza de responsabilidades pecuniarias.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo de conformidad con lo prevenido en el artículo 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en el plazo prevenido en el artículo 856 de dicha Ley .

Firme que sea esta sentencia anótese en el Registro Central de Penados y Rebeldes y participese a la Junta Electoral de Zona, al Juzgado Instructor y a la Delegación Provincial de Estadística.»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, 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:

1.- Al amparo del artículo 850.1 LECrim , por denegación de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma.

1.- Al amparo del artículo 850.1 [sic] LECrim , por no expresarse clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

3.- Al amparo del artículo 852 LECrim , por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes y a la proscripción (y no prescripción, como se dice en el recurso) de toda indefensión (artículo 24.1 y 2 CE).

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

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, 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 4 de abril de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Formula el penado el primero de los motivos al amparo del artículo 850.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quebrantamiento de forma, al no acordarse e inadmitirse por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Acto del Juicio Oral la prueba de exploración de las menores supuestas víctimas de los delitos por los que ha resultado condenado D. Demetrio , habiendo sido solicitada dicha prueba en el escrito de conclusiones provisionales y habiéndose formulado en el Acto del Juicio Oral la correspondiente protesta por dicha inadmisión probatoria.

En el motivo tercero, con el mismo fundamento -no haberse acordado y admitirse la prueba de exploración de las menores en el Acto del Juicio Oral- pero ya al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia infracción de precepto constitucional, por violación del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española , que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio con todas las garantías, entre las que ha de incluirse el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y correlativamente la proscripción de toda indefensión.

Recuerda el penado como antecedentes que las primeras exploraciones practicadas en fecha de 8 de octubre de 2.013 se efectuaron sin permitir la intervención del letrado defensor del acusado y que en las practicadas posteriormente en fecha de 27 de mayo de 2.016 mediante Cámara de Gesell (folios 487- 490 y DVDs adjuntos) se limitó de manera improcedente el interrogatorio a esta defensa.



El objeto de ambos motivos es cuestionar la decisión de Tribunal de instancia al denegar que en el Acto del Juicio pudiera interrogarse a las menores víctimas, cuyo criterio rechaza al considerar que con la exploración efectuada a través de la Cámara de Gesell no era suficiente y que se fundase la denegación en no constar las preguntas que la defensa del acusado hubiera deseado formular. Recuerda que formuló la oportuna protesta, no pudiendo dejar constancia de las preguntas que hubiera deseado realizar.

En otros motivos el recurrente también alega que las menores incurren en contradicciones y lagunas sobre extremos fundamentales en sus declaraciones y que, asimismo, el testimonio de las menores entra en contradicción con el de su madre, sobre extremos importantes

Por otro lado, el recurrente subraya que los informes periciales psicológicos relativos a las menores obrantes a los Folios 69 a 79, 512 a 515 y 492 a 507 son inválidos y nulos de pleno derecho y carentes de toda validez probatoria. En todo momento, alega, se ha observado que guían y conducen la exploración de las menores efectuada a través de la Cámara Gesell para intentar demostrar hechos que ellas no manifiestan inicialmente o que si que manifiestan inicialmente y que luego en la 2ª exploración no lo dicen.

2.- Hemos por ello de analizar las razones de la sentencia de instancia para proclamar la validez y suficiencia de la reconstitución de la exploración de las menores. Ello con independencia del análisis que luego haga el Tribunal de instancia de su credibilidad y suficiencia para enervar la presunción de inocencia del acusado. Esto último será irrelevante si concluimos que no se dan los presupuestos que legitimen constitucional y legalmente acudir a aquella preconstitución con prescindencia del medio probatorio reclamado por la defensa, cual es la exploración de las menores en la vista del juicio oral.

Proclama la sentencia recurrida la plena eficacia de las exploraciones practicadas como prueba preconstituida y rechaza el reproche de la defensa referida a indefensión al no haber hecho constar ni el contenido ni la inexorable necesidad de las preguntas que en aquella exploración fueron rechazadas

Admite la sentencia que el Instructor en aquella preconstitución probatoria requirió al letrado de la defensa para que «limitase» las preguntas. Y añade a la falta de constancia de las preguntas no efectuadas, que, «posteriormente se reprodujo una situación similar» pero, concluye, **«nada puede valorarse porque no se grabó el sonido»**.

También reprocha a la defensa que, en el Acto del Juicio Oral, cuando se reiteró la petición y el rechazo de la declaración en tal Acto de las menores, aquélla no concretó las preguntas que, por ello, no pudieron valorarse como pertinentes o necesarias.

En cuanto a la queja del modo en que intervino la psicóloga en la exploración rechaza la Sala que, aunque pudiera considerarse que la misma fue insistente o utilizó expresiones inadecuadas, no puede decirse que indujera a las exploradas hacia un contenido determinado de su declaración.

SEGUNDO.- Este Tribunal Supremo ha expuesto el marco normativo y jurisprudencial en que ha de valorarse la pertinencia y utilidad de las declaraciones de menores, cuando aquellas declaraciones solamente se efectúan fuera del marco de la vista del juicio oral, puedan enervar la garantía constitucional de presunción de inocencia.

En la STS 750/2016 de 11 de octubre, entre otras, expusimos el fundamento, los presupuestos y requisitos que derivan de dicho marco normativo y pasamos a exponer:

1.- Fundamento

Hemos 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.

2.- Contexto normativo

La jurisprudencia hace frecuente recuerdo del mismo cabiendo citar por todas la STS nº 1008/2916 de 1 de febrero de 2017 :

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.

Sobre la regulación en Derecho Comparado da cuenta amplia nuestra STS 632/2014 de 14 de octubre .

TERCERO.- Por otra parte, la jurisprudencia ha configurado, en un ya amplio cuerpo de doctrina, el estatuto de este medio de prueba, tanto en cuanto a los presupuestos como respecto a los requisitos exigibles para que legítimamente pueda enervar la presunción de inocencia del acusado.

1.- El presupuesto

La doctrina del Tribunal Constitucional, acogiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, condiciona la legitimidad de la exclusión de la presencia del menor en la vista del juicio oral estableciendo como presupuesto genérico que exista una **causa legítima que impida la declaración en el juicio oral** .

En cuanto a la ponderación de intereses legítimos contrapuestos también advertimos de que 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. 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).

1.1.- La legitimidad de esa causa pasa por ponderar el derecho fundamental a la defensa del acusado con otros **intereses y derechos dignos de protección** , de tal suerte que tal ponderación permita modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, de modo que tales **supuestos excepcionales** deberán resultar **debidamente justificados** en atención a esos fines legítimos.

Entre aquellos intereses se señala la necesidad de preservar la *estabilidad emocional* del menor y su *normal desarrollo personal* a proteger del riesgo de grave alteración con la inserción del menor en el entorno del procedimiento penal. Más, si cabe, cuando se le sitúa en el fragor del debate contradictorio de las partes durante las sesiones de la vista del juicio oral.

Y como referencia para la ponderación se indica la *naturaleza del delito* investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) (SSTC 174/2011 y 75/2013).

Todo lo cual se traduce en la exigencia de **razones fundadas y explícitas, generalmente contenidas en un informe psicológico (como es el caso), sobre un posible riesgo** para los menores, concreto y cuya entidad ha de determinarse, en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes (STS nº 366/2016 de 28 de abril y STS 598/2015).



1.2.- El contrapunto de tales referencias viene a ser la exigencia de que se garantice al acusado la **posibilidad «de ejercer adecuadamente su derecho de defensa»**, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados 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». Tales precauciones han de ser funcionales a la posibilidad de someter por el acusado tal testimonio a contradicción (entre otras, SSTC 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3 y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5).

1.3.- La ponderación exige atender a las circunstancias del **caso concreto**. Muy particularmente la edad del menor pero también la madurez del mismo y demás condiciones concretas de su personalidad.

Y también es razonable **no prescindir de la presencia en la vista del juicio oral, si en éste cabe adoptar cautelas que garanticen la consecución de los fines legítimos de protección** del menor porque conjuren aquellos riesgos. Así habrá de valorarse si puede llevarse a cabo su exploración evitando la confrontación visual con el acusado, por ejemplo, mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia).

2.- Requisitos

Como recuerda el Tribunal Constitucional (sentencia 174/2011 y 75/2013, 8 de abril) 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 STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, § 56, y que permite especificar estos requisitos:

- a) «... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al **menor**;
- b) debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual;
- c) debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta a través del experto, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior» **indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados.**

Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1999, caso Van Mechelen y otros, § 51; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta, § 68, y de 20 de abril de 2006, caso Carta, § 49 y 19 de julio de 2012, caso Hümmel c. Alemania, § 38).

d) Para la incorporación del resultado probatorio pre constituido al juicio oral la **exploración previa habrá de ser grabada**, a fin de que **el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo** en el que se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias.

e) Exige también que en el mismo **se acredite el presupuesto de la causa legítima** que impida que allí sean oídos los menores. En el caso Bocos-Cuesta contra Holanda (STEDH de 10 de noviembre de 2005) ya se dejó establecido que aunque la razón dada por los tribunales para no escuchar a las víctimas -antes oída solamente en sede policial- consistió en no obligarles a revivir una experiencia posiblemente muy traumática, ello es insuficiente si no existe indicación en el expediente de que este motivo se fundamente en prueba concreta, como, por ejemplo lo sería un dictamen pericial, aun cuando el Tribunal es consciente de que la organización de los procesos penales, de tal manera que se protejan los intereses de los testigos de muy corta edad, en particular en los procedimientos judiciales que implica delitos sexuales, es una consideración pertinente, para ser tenido en cuenta a los efectos del artículo 6, en este concreto caso, la razón dada por los tribunales de primera instancia para rechazar la petición del demandante para oír a las cuatro víctimas, no resulta suficientemente justificado y, por tanto, deriva de meras especulaciones.

Como recuerda nuestra STS nº 470/2013 de 5 de junio, los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan **razones fundadas y explícitas** para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (**acreditadas** a través de un informe psicológico, ordinariamente), **valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores**.

En la STS 632/2014 de 14 de octubre, también se recuerda 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.

La STS 19/2013 de 9 de enero, pone de manifiesto 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.

CUARTO.- 1.- En el caso ahora juzgado la edad de las víctimas al tiempo de los hechos y cuando se lleva a cabo la primera exploración (octubre de 2013), era por sí sola sugerente de la necesidad de especial protección frente a los riesgos que para ellas implicaba el sometimiento a una diligencia que suponía la rememoración de los hechos ahora juzgados.

Ciertamente cuando se efectúa la segunda exploración, dos años y medio después (mayo de 2016), aun cabe albergar ciertos temores sobre la incidencia de ese forzado recuerdo de los hechos.

Pero no cabe desconocer que, al tiempo de celebración del Juicio Oral, D^a Francisca, víctima de la mayor parte de los hechos, contaba ya con catorce años. D^a Rosa rebasaba escasamente los once años.

En todo caso la sentencia recurrida, si bien examina otros aspectos, a los que nos referiremos, no dedica una sola línea a justificar el concurso del presupuesto al que antes hicimos referencia. A salvo la constatación de la edad de las menores llamadas por la defensa a declarar en juicio oral, nada dice sobre las razones por las que debería haber valorado que esa exploración denegada conllevaría unos efectos perniciosos sobre las víctimas de mayor entidad que los que podría haber supuesto las dos exploraciones previas al juicio oral.

Ya hemos dicho que el mero dato de la edad no implica la exclusión del juicio oral como sede para producción de la prueba, también cuando ha de declarar es una niña. Incluso si el Tribunal de instancia disponía de una personal formación al respecto, ésta debería haberse reflejado en la exteriorización de la argumentación que justificase la proclamación de que concurría el presupuesto excepcional de exclusión de la declaración en juicio oral.

Aquella justificación **debería, además, dar cuenta de las razones por las que el Tribunal de la instancia entendía que los mecanismos alternativos a la confrontación con el acusado y al escenario en que el juicio se desenvuelve no podrían evitar los funestos efectos que atemorizaban a aquél.**

Con no poco error la sentencia de instancia **traslada a la defensa del acusado la carga** de la justificación sobre la opción en cuanto al tiempo y modo de declarar las menores. En efecto llega a reprochar a la defensa letrada del acusado que, cuando protesta en la sesión del Juicio Oral, no concretó las preguntas que habría de formularles y que con ello impidió valorar la necesidad de aceptar la comparecencia de aquellas víctimas en el Juicio. La aceptación en cuestión no es la de que las menores acudan, sino la de que no lo hagan. Y, cuando analiza la prueba pericial, tampoco el Tribunal nos da cuenta que del mismo derive la concurrencia del presupuesto de la ausencia de aquéllas. La lectura del acta de la segunda exploración nos permite apreciar una desenvoltura de lenguaje, incluso para lo escabroso, que hace dudar de que realizar tal relato, con las cautelas a que antes hicimos referencia, pueda añadir ni un ápice a la (de)formación o sentimientos de la declarante.

2.- Esa explicación era tanto más requerible cuanto que la defensa suscita dudas sobre exquisitez en la cumplimentación que, de excluirse la deposición en juicio oral, deben revestir los actos que preconstituyen esta prueba.

Así el propio Tribunal de instancia nos da cuenta de que el Instructor de las diligencias previas al juicio, durante la exploración segunda, requirió al letrado de la defensa para que «límite» las preguntas a formular. Y no justifica la corrección de tal limitación, sino que atribuye a la defensa la carga de acreditar que el límite impidió concretas preguntas pese a su pertinencia y necesidad. Y aún da cuenta la sentencia de que eso no ocurre una sola vez y, añade, **«nada puede valorarse porque no se grabó el sonido».**

Por ello, a la quiebra para la legitimidad de este medio probatorio que implica la ausencia de justificación de su presupuesto, se añade ahora el **incumplimiento de uno de los requisitos esenciales que autorizarían el traslado de su resultado al juicio oral.**

Y esa infracción se muestra más relevante en la medida que la sentencia de condena se funda de manera prácticamente exclusiva en el testimonio de las menores a las que el Tribunal de instancia no ha podido ver cuando declaraban, ni, por ello, formular preguntas que despejaran las eventuales, sino probables, dudas que el testimonio de aquéllas pudiera suscitar.

3.- Así pues, si no consta el presupuesto habilitante de la declaración en modo excepcional, y la práctica, incluso bajo ese formato, no aparece tampoco exenta de dudas sobre la suficiente garantía del derecho de la defensa a formular preguntas, es claro que la denegación de la prueba tal como venía interesada por la



defensa, constituye un quebratamiento de forma, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que se denuncia en el recurso. Por ello debemos declarar la nulidad del juicio oral y de la resolución sobre admisión de prueba, a cuyo momento ha de retrotraerse el procedimiento para que la causa sea nuevamente juzgada. Y ello con intervención de un tribunal en el que no se integren los mismos Magistrados que dictaron la sentencia que anulamos.

QUINTO.- La estimación del recurso lleva a declarar de **oficio las costas** del mismo conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

FALLO

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

Estimar el recurso interpuesto por **D. Demetrio** , contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha 23 de junio de 2017 . Cuya resolución anulamos, como anulamos la denegación del medio de prueba solicitado por la defensa para que las víctimas declaren como testigos en el Juicio Oral. Por ello ordenamos reponer el procedimiento al momento de admisión de prueba que deberá decidir el Tribunal de instancia, con composición personal que no integre a los que dictaron la sentencia aquí anulada, decidiendo las cautelas a adoptar en el momento de llevar a cabo en juicio aquel testimonio. Todo ello con declaración de oficio de las costas derivadas de esta casación.

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

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

Así se acuerda y firma.