



Roj: **STS 3989/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3989**

Id Cendoj: **28079120012017100745**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2017**

Nº de Recurso: **10259/2017**

Nº de Resolución: **742/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 742/2017

Fecha de sentencia: 16/11/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10259/2017 P

Fallo/Acuerto: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 02/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID.

SECCIÓN SÉPTIMA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MPS Nota:

Resumen

Delitos de abusos sexuales continuados cometidos por profesor de primaria en las personas de nueve alumnos distintos. - Falta de declaración en la vista de los menores que previamente habían declarado ante el Juez de Instrucción en forma contradictoria, a través de interrogatorio cruzado, en presencia de psicólogos pero sin intervención de éstos. - Dictamen sobre la credibilidad de los menores que no concluye criterio específico. No integra elemento de prueba que posibilite desvirtuar la convicción del Tribunal.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10259/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 742/2017

Excmos. Sres.

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre



D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

En Madrid, a 16 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 10259/2017 P, interpuesto por D. Casimiro representado por la procuradora D.^a Virginia Martín Bravo, defendido por el letrado D. Javier Yagüe García contra la sentencia de fecha 17 de febrero de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima. Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida D. David, D.^a Estibaliz, D.^a Florinda, D. Ezequias, D.^a Isidora, D. Gabriel, D.^a Lucía y D.^a Martina representados legalmente por la procuradora D.^a M^a Teresa Ruiz Ordovas; **Colegio Bilingüe DIRECCION000**, representado por la procuradora D.^a Azucena Sebastián González; **Axa Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros**, representado por el procurador D. Francisco Abajo Abril; **D. Borja, D.^a Marta y D. Constantino** representado por el procurador D. José María Rico Maeso.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de DIRECCION002 incoó Diligencias Previas Procedimiento Abreviado núm. 511/2015 contra **D. Casimiro** por delito de abuso sexual contra menores de 13 años; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección Séptima (Rollo de P.A. núm. 1510/2016) dictó Sentencia en fecha 17 de febrero de 2016 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«Ha resultado probado y así se declara que Casimiro, mayor de edad y sin antecedentes penales, cuyas demás circunstancias ya constan, trabajaba al menos desde el año 2010 como profesor de las materias de lengua, matemáticas y conocimiento del medio en los cursos de tercero y cuarto de primaria en el colegio DIRECCION000, ubicado en la localidad madrileña de DIRECCION001, siendo además tutor de uno de los grupos de cada nivel y coordinador desde el curso 2012-2103 del segundo ciclo de educación primaria.

Aprovechándose de tal condición, y del consiguiente respeto y confianza que la misma le otorgaba de cara a sus alumnos, niños entre 8 y 10 años de edad, realizó los siguientes hechos:

1º.- Durante los cursos 2010/2011 y 2011/2012, cuando impartía 3º y 4º de primaria al menor Augusto 1, nacido el NUM000 de 2002, y que por tanto contaba de 8 a 10 años de edad en dicho periodo, siendo además el acusado tutor del mismo, cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, le metía la mano por dentro del pantalón y del calzoncillo, tocándole el pene, haciendo movimientos con la mano y acariciándole; todo ello ocurrió en un número indeterminado de ocasiones durante los dos cursos escolares. Además de ello el acusado le tocaba los glúteos por encima de la ropa, le hacía cosquillas por debajo de la ropa, le tocó en alguna ocasión los pezones y le dio besos en el cuello.

2º.- Durante los cursos 2010/2011 y 2011/2012, cuando impartía 3º y 4º de primaria al menor Fulgencio 2, nacido el NUM001 de 2002, y que por tanto contaba de 8 a 10 años de edad en dicho periodo, siendo además el acusado tutor del mismo, cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, le metía la mano por dentro del pantalón y del calzoncillo, tocándole los glúteos y el pene, haciendo movimientos con la mano y acariciándole; todo ello ocurrió en un número indeterminado de ocasiones durante los dos cursos escolares. Además de ello el acusado le dio besos en el cuello y en la oreja.

3º.- Durante los cursos 2012/2013 y 2013/2014, cuando impartía 3º y 4º de primaria al menor Leandro 3, nacido el NUM002 de 2004, y que por tanto contaba de 8 a 10 años de edad en dicho periodo, siendo además el acusado tutor del mismo, cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, le metía la mano por dentro del pantalón y del calzoncillo, y le tocaba los glúteos y le pellizcaba; todo ello ocurrió en un número indeterminado de ocasiones durante los dos cursos escolares. Además de ello el acusado en reiteradas ocasiones le chupó y mordió las orejas.

4º.- Durante los cursos 2012/2013 y 2013/2014, cuando impartía 3º y 4º de primaria al menor Pelayo 4, nacido el NUM003 de 2004, y que por tanto contaba de 8 a 10 años de edad en dicho periodo, siendo además el acusado tutor del mismo, cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, le



metía la mano por dentro del pantalón y del calzoncillo, y le tocaba los glúteos y el pene; todo ello ocurrió en un número indeterminado de ocasiones durante los dos cursos escolares.

5°.- Durante los cursos 2012/2013 y 2013/2014, cuando impartía 3° y 4° de primaria al menor Carlos Antonio 5, nacido el NUM004 de 2004, y que por tanto contaba de 8 a 10 años de edad en dicho periodo, siendo además el acusado tutor del mismo, cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, le metía la mano por dentro del pantalón y del calzoncillo, y le tocaba los glúteos y el pene; todo ello ocurrió en un número indeterminado de ocasiones durante los dos cursos escolares. Además de ello el acusado, en el mismo contexto, le dio besos en la oreja.

6°.- Durante los cursos 2012/2013 y 2013/2014, cuando impartía 3° y 4° de primaria al menor Benedicto 6, nacido el NUM005 de 2004, y que por tanto contaba de 8 a 10 años de edad en dicho periodo, no siendo el acusado tutor del mismo, cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, el acusado le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, le metía la mano en el bolsillo del pantalón, y desde allí le tocaba la zona genital, acariciándole el pene, los testículos y las ingles.

7°.- Durante los cursos 2012/2013 y 2013/2014, cuando impartía 3° y 4°, de primaria al menor Dionisio 7, nacido el NUM006 de 2004, y que por tanto contaba de 8 a 10 años de edad en dicho periodo, siendo además el acusado tutor del mismo, cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, le tocó los glúteos, el pene y los testículos por encima de la ropa, y al menos en una ocasión le metió la mano dentro del pantalón y el calzoncillo para tocarle los glúteos. 8°.- Durante el curso 2013/2014, cuando impartía 4° de primaria al menor Fructuoso 8, nacido el NUM007 de 2004, y que por tanto contaba de 9 a 10 años de edad en dicho periodo, siendo además el acusado tutor del mismo, cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, colocaba la mano en la zona genital del menor, acariciándole el pene, por fuera de la ropa.

9°.- Durante el curso 2014/2015, cuando impartía 3° de primaria al menor Fulgencio 9, nacido el NUM008 de 2006, y que por tanto contaba 8 años de edad en dicho periodo, siendo además el acusado tutor del mismo, cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, le tocaba los glúteos y el pene, por fuera de la ropa.

10°.- Durante los cursos 2012/2013 y 2013/2014, cuando impartía 3° y 4° de primaria al menor Alfonso 10, nacido el NUM009 de 2004, y que por tanto contaba de 8 a 10 años de edad en dicho periodo, siendo además el acusado tutor del mismo, cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, y aprovechando tal situación, le tocaba los glúteos, acariciándole, y en una ocasión por dentro del pantalón sin llegar al culo y sin pasar dentro del calzoncillo. 11°.- Durante el curso 2013/2014, cuando impartía 4° de primaria al menor Fausto 11, nacido el NUM007 de 2004, y que por tanto contaba de 9 a 10 años de edad en dicho periodo, siendo además el acusado tutor del mismo, cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas el acusado le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, colocaba la mano bajo el culo del menor, por fuera de la ropa.

12°.- Durante los cursos 2012/2013 y 2013/2014, cuando impartía 3 y 4° de primaria al menor Ismael 12, nacido el NUM006 de 2004, y que por tanto contaba de 8 a 10 años de edad en dicho periodo, siendo además el acusado tutor del mismo, cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, colocaba la mano bajo el culo del menor, por fuera de la ropa.

No ha resultado acreditado que en el periodo indicado el acusado realizara tocamientos al menor Fulgencio 13».

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

«Debemos condenar y condenamos a Casimiro cómo responsable en concepto de autor de los siguientes delitos, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas que a continuación se indican:

1.- Por el delito de abusos sexuales continuados ya definido, cometido sobre el menor Augusto 1, la pena de 5 años y 1 mes de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, conforme al artículo 56 del Código Penal . Y de conformidad con el artículo 192.3 del Código Penal , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, la pena de inhabilitación



especial para el ejercicio de la profesión de maestro o cualquier otra profesión o empleo en los que se tenga contacto con menores de edad por tiempo de 5 años.

2.- Por el delito de abusos sexuales continuados ya definido, cometido sobre el menor Fulgencio 2, la pena de 5 años y 1 mes de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, conforme al artículo 56 del Código Penal . Y de conformidad con el artículo 192.3 del Código Penal , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de maestro o cualquier otra profesión o empleo en los que se tenga contacto con menores de edad por tiempo de 5 años.

3.- Por el delito de abusos sexuales continuados ya definido, cometido sobre el menor Leandro 3, la pena de 5 años y 1 mes de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, conforme al artículo 56 del Código Penal . Y de conformidad con el artículo 192.3 del Código Penal , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de maestro o cualquier otra profesión o empleo en los que se tenga contacto con menores de edad, por tiempo de 5 años.

4.- Por el delito de abusos sexuales continuados ya definido, cometido, sobre el menor Pelayo 4, la pena de 5 años y 1 mes de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, conforme al artículo 56 del Código Penal . Y de conformidad con el artículo 192.3 del Código Penal , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de maestro o cualquier otra profesión o empleo en los que se tenga contacto con menores de edad por tiempo de 5 años.

5.- Por el delito de abusos sexuales continuados ya definido, cometido sobre el menor Carlos Antonio 5, la pena de 5 años y 1 mes de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, conforme al artículo 56 del Código Penal , Y de conformidad con el artículo 192.3 del Código Penal , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de maestro o cualquier otra profesión o empleo en los que se tenga contacto con menores de edad por tiempo de 5 años.

6.- Por el delito de abusos sexuales continuados ya definido, cometido sobre el menor Benedicto 6, la pena de 5 años y 1 mes de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, conforme al artículo 56 del Código Penal . Y de conformidad con el artículo 192.3 del Código Penal , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de maestro o cualquier otra profesión o empleo en los que se tenga contacto con menores de edad por tiempo de 5 años.

7.- Por el delito de abusos sexuales continuados ya definido, sobre el menor Dionisio 7, la pena de 5 años y 1 mes de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, conforme al artículo 56 del Código Penal . Y de conformidad con el artículo 192.3 del Código Penal , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de maestro o cualquier otra profesión o empleo en los que se tenga contacto con menores de edad por tiempo de 5 años.

8.- Por el delito de abusos sexuales continuados ya definido, cometido sobre el menor Fructuoso 8, la pena de 5 años y 1 mes de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, conforme al artículo 56 del Código Penal . Y de conformidad con el artículo 192.3 del Código Penal , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de maestro o cualquier otra profesión o empleo en los que se tenga contacto con menores de edad por tiempo de 5 años.

9.- Por el delito de abusos sexuales continuados ya definido, cometido sobre el menor Fulgencio 9, la pena de 5 años y 1 mes de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, conforme al artículo 56 del Código Penal . Y de conformidad con el artículo 192.3 del Código Penal , en la redacción vigente en la fecha de los hechos, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de maestro o cualquier otra profesión o empleo en los que se tenga contacto con menores de edad por tiempo de 5 años.

Debemos absolver y absolvemos al acusado de las faltas de vejaciones relativas a los menores Alfonso 10, Fausto 11 y Ismael 12 al haber quedado las mismas despenalizadas.

En vía de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a los menores, en las personas de sus legales representantes en las sumas que a continuación se indicaran por el daño moral sufrido por consecuencia de los hechos:



1.- A los representantes legales del menor Augusto 1 con la cantidad de 5000 euros por los daños morales causados. 2.- A los representantes legales del menor Fulgencio 2 con la cantidad de 5000 euros por los daños morales causados, 3.- A los representantes legales del menor Leandro 3 con la cantidad de 5000 euros por los daños morales causados. 4.- A los representantes legales del menor Pelayo 4 con la cantidad de 5000 euros por los daños morales causados. 5.- A los representantes legales del menor Carlos Antonio 5 con la cantidad de 5000 euros por los daños morales causados. 6.- A los representantes legales del menor Benedicto 6 con la cantidad de 5000 euros por los daños morales causados. 7.- A los representantes legales del menor Dionisio 7 con la cantidad de 5000 euros por los daños morales causados, 8.- A los representantes legales del menor Fructuoso 8 con la cantidad de 5000 euros por los daños morales causados. 9.- A los representantes legales del menor Fulgencio 9 con la cantidad de 5000 euros por los daños morales causados. 10.- A los representantes legales del menor Alfonso 10 con la cantidad de 1500 euros por los daños morales causados. 11.- A los representantes legales del menor Fausto 11 con la cantidad de 1500 euros por los daños morales causados.

12.- A los representantes legales del menor Ismael 12 con la cantidad de 1500 euros por los daños morales causados.

Declarándose la responsabilidad civil subsidiaria del Colegio DIRECCION000 , de conformidad con el art. 120.4º del Código Penal . La llamada como responsable civil directa, AXA SEGUROS GENERALES, deberá responder del daño moral ocasionado al menor Benedicto 6.

Debemos absolver y absolvemos al mismo acusado del delito continuado de abuso sexual de que venía siendo acusado respecto del menor Fulgencio 13.

El acusado deberá hacer pago de las 12/13 partes de las costas, declarándose de oficio la 1/13 parte restante. El máximo de cumplimiento de la pena será el triple de la más grave de las impuestas, cinco años y un mes de prisión, siendo por tanto el de QUINCE AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN. Para el cumplimiento de la pena impuesta se abonará al condenado el tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Casimiro , teniéndose por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr ., y del derecho fundamental al derecho a la defensa y a un juicio con todas las garantías y sin indefensión, ex art. 24.2 de la Constitución Española . **Motivo Segundo.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr .. y del art. 5.4 de la LOPJ , por violación del art. 24.2 de la Constitución Española , **Motivo Tercero.-** Por infracción de ley, al amparo de art. 849.2 de la LECr ., al haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, no estando los mismos desvirtuados por otras pruebas.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el procurador D. José María Rico Maeso y la procuradora D.ª María Teresa Ruiz Ordovas en nombre de sus representados, impugnaron el recurso y solicitaron la inadmisión del mismo; el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del recurso interpuesto de conformidad con las razones expuestas en su informe de fecha 5 de junio de 2017; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 2 de noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, profesor de primaria condenado por nueve delitos de abusos sexuales continuados del art. 183.1 y 4 d) CP , cometidos en las personas de nueve alumnos distintos, recurre en casación, donde formula un primer motivo por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr , y del derecho fundamental al derecho a la defensa y a un juicio con todas las garantías y sin indefensión, ex art. 24.2 CE .

1. Alega que la indebida desestimación de la cuestión previa de solicitud de prueba formulada al inicio del plenario, consistente en la declaración de los trece menores denunciadores, denegación por la que se hizo constar la oportuna protesta, limita su derecho a la defensa por no poder interrogar y formular prueba, lo que determina o bien la procedencia de la declaración de su nulidad, o bien la necesidad de su integración en



el mismo, con las consecuencias legales y procesales correspondientes; sin que además, tampoco se haya practicado en el Acto de Juicio la prueba propuesta y admitida por el propio Tribunal "a quo" consistente en la reproducción y visionado en la vista oral de las grabaciones realizadas a los menores ante el Equipo Mujer y Menor de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de DIRECCION003 de la Guardia Civil, así como de las entrevistas realizadas a los mismos ante el CIASI (Centro Especializado de Intervención en Abuso Sexual Infantil).

Cita jurisprudencia del TEDH, e invoca el art. 707 LECr., para afirmar que sin perjuicio de las cautelas establecidas en dicho precepto, debieron prestar declaración durante el juicio oral los menores, que ya contaban alrededor de doce años, tanto más con la posibilidad de declaración de los menores por videoconferencia, prevista en el art. 731 bis, lo que habría permitido interrogar contradictoriamente a los testigos de cargo. Y se opone a la valoración de la prueba preconstituida argumentando que la misma está prevista solamente cuando no es posible practicarla durante el plenario, excepcionalidad que entiende no concurre en el presente caso; y asevera que el art. 433.3 LECr no prevé que la grabación de la declaración del menor, se practique con el carácter de prueba preconstituida.

2. La Audiencia Provincial, justificó que los menores no fueran interrogados en la vista oral, en los dictámenes médicos que informaban que perturbaría su recuperación emocional, mientras que por otra parte, habían sido explorados varias veces (en tres ocasiones y en la última de ellas con presencia del acusado e intervención activa de la defensa) y mediaba prueba preconstituida grabada contradictoriamente practicada; en cuya consecuencia, la prueba, señala la Audiencia, fue introducida en el plenario habiéndose visto al inicio del juicio oral las exploraciones de todos los menores implicados.

3. Efectivamente, el derecho a un proceso con todas las garantías exige, como regla general, que los medios de prueba se practiquen en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3 ; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2 ; 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3 , o 174/2011, de 7 de noviembre, FJ 3); aunque la necesidad de ponderar el citado derecho fundamental con otros intereses y derechos dignos de protección permite modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, siempre que se hallen debidamente justificados en atención a esos fines legítimos y, en todo caso, que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. Como recuerda la STC 174/2011, de 7 de noviembre, "dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado" (STC 75/2013, de 8 de junio).

Así, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 56/2010, de 4 de octubre, precisa que la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial (que en todo caso tiene la consideración de excepción al criterio general de que sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral) se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos: a) materiales, la imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral; b) subjetivos, la necesaria intervención del Juez de instrucción; c) objetivos, que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo; y d) formales, la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECr, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador. Criterio igualmente seguido por esta Sala, como muestra en su sentencia 375/2012, de 14 de mayo.

Ello es así, porque como indica en relación al déficit alegado, la STS 754/2016, 13 de octubre, "la vigencia del principio de contradicción representa un principio estructural en el proceso penal. Con él se posibilita el adecuado ejercicio del derecho de defensa, no siendo incluso ajeno a una genuina dimensión ética del ejercicio de la actividad jurisdiccional. Su significado ha sido enfatizado por la jurisprudencia constitucional, que afirma que la posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las 'reglas esenciales del desarrollo del proceso' (SSTC 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000, sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Se trata de un derecho formal (STC 144/1997, de 15 de septiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (SSTC 26/1999, de 8 de marzo), de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones: 'el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo



o ponerle adjetivos' (STC 144/1997, de 15 de septiembre)" (SSTC 12/2006, de 16 de enero, FJ 3 ; 93/2005, de 18 de abril, FJ 3 ; y 143/2001, de 18 de junio , FJ 3).

4. No obstante, la STS 492/2016, de 8 de junio recuerda que «el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable» (STC 187/2003, de 27 de octubre , F J 4, que considera cumplida la exigencia cuando la declaración sumarial del coimputado que incriminaba al acusado fue prestada antes de que éste se personara en la causa debido a que se encontraba huido; o cuando el acusado se encontraba en rebeldía, STC 115/1998 ; o cuando las declaraciones han sido prestadas en una instrucción sumarial declarada secreta, STC 174/2001).

En este sentido, se ha precisado que la exigencia de contradicción en la práctica de la declaración sumarial del testigo para posibilitar la lectura válida de la misma conforme al artículo 730 LECr ., se hace depender en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de que en aquel momento tal contradicción fuera factible (STC 94/2002 y STC 148/2005 , entre otras). Esta doctrina del Tribunal Constitucional parece haber sido matizada, aunque no expresamente, en su STC núm. 134/2010 , en la que se admite el valor probatorio de la declaración cuando la ausencia de contradicción efectiva sea imputable al propio acusado o a su defensa.

Ya advertía la STS 357/2014, de 16 de abril , el problema de la falta de contradicción no se resuelve mediante rígidas reglas de prohibición de valoración sino sopesando las exigencias de equidad que justifican el aprovechamiento mayor o menor de la información testifical obtenida en las fases previas. Los déficits contradictorios en la producción de la fuente de prueba se pueden compensar aplicando estándares más cautelosos en la valoración de la prueba. El problema se desplaza de la admisión del medio de prueba a su valoración. Ello en directa alusión a la jurisprudencia del TEDH, establecida por sentencia de Gran Sala, en el caso *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido* , de 15 de diciembre de 2011, que establece los principios que conviene aplicar en aquellos procesos donde el tribunal admite como prueba las declaraciones anteriores de un testigo de cargo que no comparece en la vista; criterios desde los cuales, incluida su evolución ulterior, debe ser interpretada la normativa y jurisprudencia hasta ahora citada (art. 10.2 CE), especialmente cuando la declaración previa de un testigo ausente en la vista, que no ha sido objeto de interrogatorio por la defensa, deviene en la única prueba o la prueba determinante de la culpabilidad del acusado.

5. Igualmente, el criterio general de la jurisprudencia del TEDH, tal como expone el § 38 en el caso de *Gani c. España* , de 19 de febrero de 2013 , es que todas las pruebas se deben practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas. Sin embargo, la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6 §§ 1 y 3 d), siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados. Como regla, esos derechos requieren que al demandado se le dé la oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento (ver *Unterpertinger c. Austria* , 24 de noviembre de 1986, § 31).

6. Cuestión que se manifiesta especialmente, cuando la víctima es menor de edad y muy especialmente si se trata de delitos sexuales.

Así la STC 57/2013, de 11 de marzo , que reitera los principios sentados en la 174/2011, de 7 de noviembre : El testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado. Hemos señalado ya que "en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3 ; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5 ; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4 ; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2 ; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3 ; y 1/2006, de 16 de enero , FFJJ 3 y 4)". Como destacamos entonces, recogiendo los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuanto "frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como 'una auténtica ordalía'; no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso *P.S. contra Alemania* ; 2 de julio de 2002, caso *S.N. contra Suecia* ; 10 de noviembre de 2005, caso *Bocos-Cuesta contra Holanda* ; 24 de abril de 2007, caso *W. contra Finlandia* ; 10 de mayo de 2007, caso *A.H. contra Finlandia* ; 27 de junio de 2009, caso *A.L. contra Finlandia* ; 7 de julio de 2009, caso *D. contra Finlandia* ; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso *A.S. contra Finlandia*)".



En atención al interés del menor hemos admitido que "en estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada". Y en interés del acusado que ve así modificada la forma en que puede ejercer su derecho de contradicción, añadimos: "tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral".

E igualmente, es jurisprudencia de esta Sala Segunda (STS 415/2017, de 8 de junio) que "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 LECr) 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".

Resolución que cita a su vez la STS núm. 71/2015, de 4 de febrero, donde 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».

7. Criterio que observa la normativa europea Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delito* (que sustituyó la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, a cuya eficacia, incluso *propter legem*, obedecía la sentencia *Puppino* del TJUE), cuyo art. 24.1.a) establece que en las investigaciones penales, cuando las víctimas sean menores *los Estados miembros garantizarán que todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales*; si bien precisaba que las normas procesales de estas grabaciones audiovisuales y el uso de las mismas se determinarán en el Derecho nacional; a cuya previsión obedece la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establecidas en su Disposición Final primera; lo que determina que los arts. 433, 448, 707 y 730 LECr, en la redacción vigente otorgada por esta Ley 4/2015, deben ser interpretados desde el fundamento y finalidad del art. 24 de la Directiva.

8. Contenido de la Directiva europea, que se tiene en cuenta y pondera como normativa aplicable para los Estados Miembros, por el TEDH, garante de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, establecido en el seno más amplio del Consejo de Europa, como sucede en la STEDH 24 de mayo de 2016, § 47 y 48, *Przydzial* c. Polonia: 47. El Tribunal observa que las disposiciones pertinentes del Derecho internacional y del Derecho de la Unión Europea (apartados 29 a 32 supra) contienen recomendaciones sobre el procedimiento penal, en particular con miras a tener en cuenta la vulnerabilidad particular de las víctimas menores durante el proceso y a impedir que el niño sufra un nuevo perjuicio como resultado de la investigación.

48. El Tribunal tiene en cuenta las particularidades de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales. Este tipo de procedimiento se suele experimentar a menudo como una dificultad para la víctima, especialmente cuando ésta se enfrenta a su voluntad con el acusado. Estos aspectos son tanto más relevantes en asuntos que impliquen un menor. Para apreciar si un acusado ha tenido o no un juicio justo en ese tipo de procedimientos, debe tenerse en cuenta el derecho de la presunta víctima al respeto de su vida privada.



En consecuencia, el Tribunal admite que, en los procedimientos penales relativos a la violencia sexual, se adopten determinadas medidas para proteger a la víctima, siempre que dichas medidas puedan conciliarse con un ejercicio adecuado y efectivo de los derechos de la defensa (*Aigner*, art. 37; *Rosin* c. Estonia, art. 26540/08 § 53, 19 de diciembre de 2013; y *Luèix* c. Croacia, art. 5699/11, § 75, 27 de febrero de 2013). Ello subraya la necesidad de lograr un equilibrio entre los derechos del acusado y los derechos del menor presentado como víctima. Para garantizar los derechos de la defensa, las autoridades judiciales pueden ser llamadas a adoptar medidas que compensen los obstáculos a la defensa (*A. S. c. Finlandia*, Nº 40156/07, § 55, 28 de septiembre de 2010).

En este asunto de *Przydzial* c. Polonia, el Tribunal Europeo, consideró justificada por una razón grave, la ausencia en la vista de una víctima de violencia sexual, menor de edad de 14 años que en la investigación preliminar, había sido oída en tres ocasiones por los investigadores y una por la autoridad judicial, aunque la defensa no fue informada de que las audiencias se llevarían a cabo. La víctima no asistió a la vista, pues resultaba de los informes médicos que corría el riesgo de perjudicar a su salud, lo que fue verificado por el Tribunal.

9. En autos, el dictamen del perjuicio para los menores derivado de su reexamen en el plenario, ha sido examinado y sopesado de manera individualizada, con ponderación de las varias exploraciones ya sufridas; la última de esas exploraciones, por expreso mandato de la Sala, tras recurso de la defensa, fue practicada expresamente como preconstituida ante el Juez de Instrucción y consecuentemente grabada, con presencia de profesionales psicólogos, pero garantizando la contradicción con interrogatorio directo y cruzado de las partes, con presencia del acusado e intervención activa de la defensa; lo que determina una contradicción plena y ausencia de toda merma del derecho de defensa.

Grabaciones que se visionaron en la vista oral. Además, median otras pruebas de corroboración como son el reportaje fotográfico en torno a la morfología y disposición de las aulas, la ubicación de la mesa del profesor donde la disposición del aula coincide con la descripción que realizan los menores que fueron interrogados al respecto, la forma de la mesa del profesor, cuyo frente queda parcialmente oculto por un panel que impide la visión completa de la mitad inferior del cuerpo de la persona o personas que se sientan allí, aunque no sea completamente cerrado, la existencia de pupitres muy cercanos a dicha mesa y la nula visibilidad de la mesa del profesor desde las ventanas. Además de ello; la adición de que en varios casos, algunos menores, además de víctimas, fueron testigos de los abusos a otros menores; el testimonio de los padres, testigos directos en cuanto al comportamiento detectado en los menores y su afectación, congruente con los abusos; y aunque con diversa intensidad o relevancia en cada caso, el informe del CIASI que aunque no emite conclusión definitiva por la forma en que se desarrollaron los interrogatorios, si encuentra indicios de verosimilitud en varias de las exposiciones de los menores.

10. Todo ello, permite concluir que en el caso de autos, la prueba de cargo y en especial la exploración de los menores, se califique o no de preconstituida, fue contradictoriamente practicada y no medió conculcación del derecho a un juicio justo; pues incluso aunque se entendiera que la contradicción adolecía de algún defecto, el enjuiciamiento de autos superaba el examen de las reglas establecidas en *Al-Khawaja y Tahery* c. Reino Unido, de 15 de diciembre de 2011 y más ampliamente desarrolladas, en *Schatschaschwili* c. Alemania (Gran Sala), de 15 de diciembre de 2015, en aras de concluir la existencia de un juicio equitativo o con todas las garantías.

De conformidad con esta jurisprudencia, el examen de la compatibilidad del art. 6.1 y 3 d) del Convenio, con un proceso donde las declaraciones de un testigo que no ha sido interrogado por la defensa durante el proceso, son utilizados como prueba, exige una *triple comprobación* :

i). si había un motivo justificado, una razón seria, para la *nocomparencia del testigo en la vista y, por tanto, para la admisión como prueba de su testimonio en fase sumarial* ; ii). si el testimonio del testigo ausente fue el fundamento único o determinante para la condena; y iii). si había elementos de compensación, principalmente *sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa* como resultado de la admisión de tales pruebas y asegurar así la equidad del procedimiento en su conjunto.

En autos, la ausencia de los menores en la vista, aunque fuere la prueba determinante, se encontraba justificada, médicamente informada y

aconsejada; las manifestaciones que previamente emitieron cada uno de los menores fueron valoradas minuciosamente y en profundidad, así como, los plurales y concurrentes elementos de compensación de especial intensidad y gran relevancia que paliaban ampliamente el déficit que pudiera haber supuesto para la defensa, que los menores no fueran explorados en el plenario y que no fuera el psicólogo quien dirigiera la exploración previa, sino las partes en interrogatorio cruzado directo (metodología por otro lado, con la que las partes, incluida la defensa, expresamente mostraron su conformidad), como eran: la intervención efectiva y participativa de la defensa en exploración practicada ante el Juez de Instrucción, donde estuvo presente



también el acusado e incluso un perito de la defensa que después emitió informe, la grabación de la misma, su visionado en la vista y los múltiples elementos de corroboración de los testimonios de cargo allí emitidos.

De modo que no medió indefensión, ni quebranto al derecho a un proceso contra todas las garantías.

11. En relación a la queja, en cuanto al modo de realizarse la prueba preconstituida (afirma que si bien los expertos y Psicólogos del CIASI, así como otros Peritos, estuvieron presentes en la Sala, pero los mismos no intervinieron, siendo así que fue la representante del Ministerio Fiscal quien, sentada al lado de los menores y llegando a tener contacto físico con los mismos, dirigió el interrogatorio, con preguntas sesgadas y sugestivas), la Audiencia precisa que aunque evidentemente, se hubiera podido practicar de otro modo más adecuado, el empleado respeta las exigencias jurisprudenciales para estos casos e incluso más, pues no solo estuvo presente la Defensa sino el acusado mismo e incluso, un perito designado a su instancia para recabar los datos precisos a fin de emitir el informe posteriormente presentado.

Las defensas mostraron su conformidad con que se practicaran por medio de interrogatorio cruzado, formulando las preguntas que tuvieron a bien, tras el interrogatorio del Ministerio Fiscal; pero en todo caso, es cuestión que afecta a su valoración, pero no a su validez; y tal circunstancia de manera individualizada en relación con cada menor, fue objeto de análisis por parte del Tribunal sentenciador.

12. Por último, respecto del visionado no realizado de las grabaciones realizadas a los menores ante el Equipo Mujer y Menor de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de DIRECCION003 de la Guardia Civil, así como de las entrevistas realizadas a los mismos ante el CIASI, debemos recordar de conformidad con la STS 151/2017, de 10 de marzo, que literalmente seguimos, que "la casación por motivo de denegación de prueba previsto en el art. 850.1 LECr, requiere para que prospere, según se deduce de los términos de tal precepto, de lo dispuesto en los arts. 659, 746.3, 785 y 786.2 LECr y de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, los requisitos siguientes: 1º) La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 793; ap. 2 de la citada Ley actual art. 786.2).

2º) La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona.

3º) Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio. 4º) Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa. Y, 5º) Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación".

"Esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece, en la sentencia 545/2014, de 26 de junio, que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECr. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón".

"Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio ex post. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo) si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori, convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva".

Mientras que en autos, como ilustrativamente informa el Ministerio Fiscal, ciertamente dicho visionado durante el plenario, fue oportunamente pedido por la defensa del acusado en sus conclusiones provisionales. No obstante, ni la defensa reprodujo la petición de visionado durante las diversas sesiones del juicio oral, ni formuló protesta alguna por la falta de práctica del mismo, lo que bien pudo hacer cuando se le dio traslado



una vez terminada la práctica de la prueba. Por otra parte y en lo que respecta a la documental, la defensa se limitó a pedir genéricamente que se tuviera por reproducida lo que nos lleva a concluir que tras haber interrogado a los agentes y peritos que practicaron las grabaciones, estimó suficiente con que los citados videos en tanto que prueba documental, se tuvieran por reproducidos, incorporándose de este modo, al plenario. En consecuencia, de nuevo nos encontramos ante una queja meramente formal, carente en todo caso, del contenido constitucional que ahora se pretende.

El motivo se desestima.

SEGUNDO. - El segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr y del art. 5.4 de la LOPJ, por violación del art. 24 CE, presunción de inocencia.

1. Niega el recurrente, la existencia de una mínima prueba de cargo que desvirtúe su presunción de inocencia. Aunque admite que la sentencia se fundamenta en: a) la exploración de los menores (por medio del visionado de la grabación efectuada en la fase de instrucción; b) las declaraciones estificales, fundamentalmente de los padres de los menores (que no fueron testigos directos, sino únicamente de referencia) y de los Profesores y personal del Colegio DIRECCION000, Centro Educativo donde supuestamente se produjeron los hechos; y c) las pruebas periciales practicadas a los menores; a la exploración de los menores le resta eficacia, por no haber sido los psicólogos los que vertieran las preguntas; las declaraciones de los padres por ser de referencia, el testimonio del personal del Colegio porque nada vieron y nada aporta.

Opone a la versión que resulta de las manifestaciones de los menores su propia declaración, donde señala que "de manera firme, rotunda, verosímil y coherente con su declaración en la fase de instrucción, negó radicalmente la autoría de los hechos"; añade que "negó que pusiera a los menores sobre sus rodillas, dado que la dinámica de sus clases -en la que los menores debían permanecer sentados en sus pupitres- no contemplan tal situación, reconociendo no obstante la posibilidad de que existieran por su parte demostraciones de cariño como Profesor y Tutor de los mismos, al tratarse de niños de corta edad que a fin de cuentas demandan afecto, todo ello alejado en cualquier caso de ningún tipo de ánimo lúbrico o libidinoso"; y añade la imposibilidad de haber cometido los hechos de los que se le acusa, puesto que de haber ocurrido los mismos habría sido sorprendido alguna vez.

De donde concluye el recurrente, que nos encontramos ante una inferencia completamente abierta, pues entre dos versiones completamente opuestas, el Tribunal "a quo", privilegia indebidamente una de ellas.

2. La jurisprudencia de esta Sala considera que el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa, sino que únicamente autoriza a esta Sala de Casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (entre otras muchas, SSTS 330/2016, de 20 de abril; 328/2016, también, de 20 de abril; 156/2016, de 29 de febrero; 137/2016, de 24 de febrero; ó 78/2016, de 10 de febrero).

Consecuentemente no basta la plasmación de otra hipótesis alternativa fáctica, para entender conculcado el derecho a la presunción de inocencia, como resulta de la propia jurisprudencia constitucional, plasmada entre otras en la STC 55/2015, de 16 de marzo: sólo cabe considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando 'la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3; y 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3); [...] nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que 'el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo' (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y, de otro, que 'entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos' (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13)..." (SSTC 13/2014 a 16/2014, todas de 30 de enero, FJ 6, y 23/2014, de 30 de enero, FJ 5).

En definitiva, es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de



las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

3. Consecuentemente el motivo debe ser absolutamente desestimado. Existe el testimonio de los nueve menores que narran los diversos tocamientos del recurrente así como el coincidente método operativo: - cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y le metía la mano por dentro del pantalón y del calzoncillo, tocándole el pene, haciendo movimientos con la mano y acariciándole; - cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y le metía la mano por dentro del pantalón y del calzoncillo, tocándole los glúteos y el pene, haciendo movimientos con la mano y acariciándole;

- cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y le metía la mano por dentro del pantalón y del calzoncillo, y le tocaba los glúteos y le pellizcaba; - cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y le metía la mano por dentro del pantalón y del calzoncillo, y le tocaba los glúteos y el pene; - cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y le metía la mano por dentro del pantalón y del calzoncillo, y le tocaba los glúteos y el pene; - cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, el acusado le sentaba en sus rodillas, y le metía la mano en el bolsillo del pantalón, y desde allí le tocaba la zona genital, acariciándole el pene, los testículos y las ingles; - cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, y le tocó los glúteos, el pene y los testículos por encima de la ropa, y al menos en una ocasión le metió la mano dentro del pantalón y el calzoncillo para tocarle los glúteos; - cuando iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, colocaba la mano en la zona genital del menor, acariciándole el pene, por fuera de la ropa; - cuando el menor iba a corregir dictados o deberes a la mesa del profesor, el acusado le sentaba en sus rodillas, y aprovechando tal situación, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, le tocaba los glúteos y el pene, por fuera de la ropa.

Prueba directa por tanto, donde la inferencia sobre la existencia de cada uno de los tocamientos, deviene directa e inmediata, en sencillo y cerrado proceso inductivo; sin que resulte merma alguna de credibilidad, la falta de absoluta concordancia episódica y periférica, como la periodicidad de los tocamientos.

De otra parte, la invocada pericial de CIASI, no niega eficacia epistémica a dichas manifestaciones de los menores, en el contexto que se produjeron, para conocer la conducta del recurrente y los abusos sufridos por parte del mismo. Sencillamente muestran su preferencia por un método de interrogatorio más abierto; de modo que cuando se emplea el protocolo NICHHD, "*los niños...ofrecieron mayores detalles bajo una narrativa libre que lo que lo hicieron aquellos que fueron entrevistados sin el protocolo*". Falta de método que les lleva a concluir que por eso y siempre desde su ciencia, no pueden analizar los testimonios tal como se les había pedido. Pero como destaca el Ministerio Fiscal en su informe, dicha afirmación, más o menos general, no es óbice para que en cada caso concreto los peritos psicólogos añadan una serie de consideraciones; y así aunque en algunos supuestos se concluye sobre la total imposibilidad de emitir dictamen conclusivo sobre la verosimilitud de las manifestaciones de los menores, sí que precisan en varias ocasiones los elementos favorables a la misma, como la estructura lógica del relato, en lenguaje propio de un niño de su edad, sin que el menor presente una intención de sobreenfocar o construir confabulaciones, la incapacidad para recordar ciertos episodios, el comportamiento honesto en no poder informar de ello; la ausencia de motivaciones secundarias; y en su caso la sugestibilidad o falta de ella, que aprecian.

Si a ello sumamos, la topografía y ubicación de la referida mesa, contenida en el reportaje fotográfico que dificultaba notablemente a visualización de los tocamientos, pese a lo cual en algún caso los alumnos víctimas se apercibieron de los tocamientos a otros alumnos; que el testimonio de los padres es referencial respecto de lo narrado por los hijos, pero directo en cuanto al estado, comportamiento y afectación de los menores; en modo alguno cabe afirmar que la conclusión valorativa de la Audiencia adolezca de irracionalidad, ni que desconozca criterios lógicos y máximas de experiencia.

4. En definitiva, el motivo se desestima, pues a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Meramente, como hemos concluido, que la valoración del Tribunal sentenciador a partir de las pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, (tal como razonamos en el fundamento precedente), es homologable por su propia lógica y razonabilidad.



TERCERO. - El tercer y último motivo lo formula por infracción de ley, al amparo de art. 849.2 de la LECr ., al haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, no estando los mismos desvirtuados por otras pruebas.

1. Designa como documentos, los informes Periciales de los Psicólogos del Centro Especializado de Intervención en Abuso Sexual Infantil (CIASI); los informes Médico-Forenses relativos a los menores, emitidos por el Médico Forense adscrito al Juzgado de Instrucción núm. 3 de DIRECCION002 ; y el Informe emitido por el Dr. D. Constanancio .

Del informe del CIASI, destaca de nuevo el folio 1162, donde el perito informa que " a la vista de las exploraciones efectuadas en la sala, puede observarse cómo las preguntas planteadas (por el Ministerio Fiscal) resultan específicas, concretas, dicotómicas, en las que la respuesta posible sólo tiene dos alternativas ej. sí/no, por encima o por debajo de la ropa, etc., de elección múltiple de respuesta, etc., que no permiten que el menor aporte un

testimonio libre y extenso, válido para su posterior análisis, tal modo de recabar el testimonio presenta ya de base un sesgo importante en la información obtenida "; y que entre las conclusiones se afirma que " no ha podido determinarse la credibilidad del menor ", " los menores se han mostrado sugestionables " y " ha existido contaminación en las declaraciones de los menores ". Incluso se ha afirmado, añade, la existencia de " presión de los padres de los menores hacia estos, para que digan lo que tienen que decir ". Respecto a Pascual (Folio 1198): " Sugestionable ", " Sobresimulación ", " Amplificación ", " Teatralidad ", " Aporta poco detalle " y en cuanto a Teodulfo : " Testimonio escaso y contaminado " .

Del informe del Médico Forense de DIRECCION004 , destaca la conclusión sobre la inexistencia de secuelas en los menores.

De donde concluye que el tribunal no ha valorado correctamente los informes periciales y por otra parte, el recurrente se queja de que el tribunal de instancia no da explicación algunas sobre los mismos.

2. En realidad, lo que se reprocha es que la Audiencia haya otorgado credibilidad al testimonio de los menores pese a algunas afirmaciones que constan en los informes que se invocan como demostrativos o evidenciadores del error valorativo. Sin embargo, en la resolución recurrida se analiza y valora motivadamente la prueba individualmente para cada menor, sopesando la declaración reproducida en el plenario en relación con lo declarado por los mismos en ocasiones anteriores y con lo declarado tanto por sus padres como por sus compañeros. Y también analiza el contenido de los distintos informes y ofrece las razones por las que pudiera parecer que se aparta de alguna conclusión de alguno de ellos, pues como hemos referido, aunque los peritos manifiesten no poder informar sobre credibilidad, en algunos casos se pronuncian sobre la verosimilitud del relato desde el punto de vista técnico.

En cualquier caso, este motivo no está destinado a concluir una preponderancia valorativa entre diversos medios de prueba, ni posibilita ni autoriza una revisión genérica de la valoración de la prueba, como pretende el recurrente; sino que parte de la literosuficiencia y autarquía del documento señalado, notas ausentes en los invocados.

Recuerda la STS núm. 3/2016, de 19 de enero con cita de la 458/2014, de 9 de junio y 370/2010, 29 de abril y de otras varias, que solo excepcionalmente la Sala Segunda ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario; y b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable.

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación. *Las pruebas periciales no son auténticos documentos* , sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECr . Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediatez para completar el contenido básico del dictamen con las



precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECr). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la intermediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

En definitiva, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECr . No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de intermediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si, en definitiva, la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECr. (art. 849.2) en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efecto nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio (SSTS. 275/2004, 5 de marzo y 768/2004 , 18 de junio).

Pero además, en autos, el informe de CIASI, lo que dictamina es que no puede concluir dictamen alguno; de modo que difícilmente puede ser contradicho.

3. Pero sucede además que la pericial fundamentalmente invocada versa sobre credibilidad del testimonio; y el hecho de que el dictamen psicológico obtenga un resultado "indeterminado" sobre la credibilidad del menor, sin poder decidirse en un sentido o en otro, no es un elemento de

prueba que pueda desvirtuar la convicción del Tribunal sentenciador asentada en una prueba de cargo consistente, plural y rica en contenido incriminatorio -como acontece en autos-. Pues la duda que puedan mantener los peritos sobre la credibilidad o no del testimonio de la víctima, no puede transferirse automáticamente al Tribunal, que a fin de cuentas es el órgano que debe dirimir el resultado de la prueba después de escuchar a todos los testigos y de valorar el resto de las pruebas, operando así con un material probatorio individual y de conjunto que le permite obtener una visión global del cuadro probatorio con sus diferentes perfiles y contrastes (vd. STS núm. 592/17, de 21 de julio).

Además, recuerda esta resolución que tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala que los dictámenes periciales psicológicos sobre credibilidad de los menores, pueden pronunciarse sobre el estado físico y psicológico del menor antes y después de suceder los hechos, pueden incluso contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por la ciencia y expresar si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad, pero en ningún caso pueden determinar si las declaraciones se ajustan a la realidad, tarea que incumbe exclusivamente al órgano de enjuiciamiento; pero, a sensu contrario, sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas (SSTS 10/2012, de 18 de enero ; 381/2014, de 23 de mayo ; 517/2016, de 14 de junio ; 789/2016, de 20 de enero ; y 468/2017, de 22 de junio).

4. Respecto a la circunstancia de que no tengan secuelas, nada concluye ni impide en relación a la existencia de los abusos; y la Audiencia tampoco las predica, e incluso afirma que la indemnización por daño moral, no implica su afirmación.

El motivo, consecuentemente se desestima.

CUARTO. - De conformidad con el art. 901 LECr , procede la imposición al recurrente de las costas causadas.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de por **D. Casimiro** contra la sentencia de fecha 17 de febrero de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima , en el PA núm. 1510/2016, proveniente de las Diligencias Previas 511/2015 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de DIRECCION002 , seguido por delitos continuados de abusos sexuales, con expresa imposición de las costas al recurrente,

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

Así se acuerda y firma.

José Ramón Soriano Soriano Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco