

PROCURADORA

MOVIL



Sección Primera de la Audiencia Provincial
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 3ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 30
Fax.: 928 42 97 76

Rollo: Procedimiento abreviado
Nº Rollo: 000037/2014

NIG: 3501943220110021562
Resolución: Sentencia 000058/2014

esc

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0003225/2011-00
Jdo. origen: Juzgado de Instrucción Nº 2 (antiguo mixto Nº 7) de San Bartolomé de Tirajana

<u>Intervención:</u>	<u>Interviente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Acusado	M C R	Y L D	P C A
Acusador particular	E E A	D M	P J V P
Perjudicado	Z V A	R	
	G		

SENTENCIA

Presidente
D./Dña. M Á P I B

Magistrados
D./Dña. S A A (Ponente)
D./Dña. I M F

En Las Palmas de Gran Canaria, a 17 de noviembre de 2014.

Vista en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en juicio oral y público, la presente causa de Procedimiento Abreviado número 003225/2011 instruido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Bartolomé de Tirajana, que ha dado lugar al Rollo de Sala nº 37/2014, por presunto delito de ABUSO SEXUAL, contra D. M C R, nacido el 04/02/1959, hijo de M y de S., natural de Melilla, con domicilio en la calle B nº, A C A número de Antigua (Fuerteventura), con DNI núm.; en la que son parte el Ministerio Fiscal, en ejercicio de la acción pública; D. E E A en el ejercicio de la acusación particular, representado por el Procurador D. P V P y defendido por el Letrado D. D M R; y el acusado de anterior mención, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. P C A y defendido por el Letrado D. J de la L C.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes diligencias se iniciaron en el Juzgado de Instrucción indicado en el encabezamiento de esta sentencia, tramitándose el procedimiento correspondiente y habiéndose celebrado en esta Sección de la Audiencia Provincial de Las Palmas la vista oral el día 5 de noviembre de 2014, con el resultado que obra en el acta levantada al efecto y que se encuentra unida a las actuaciones.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas efectuadas oralmente en el acto del Juicio, y ratificando sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de un **delito de abuso sexual**, previsto y penado en el artículo 183.1 del Código Penal, del que





consideró responsable en concepto de autor directo al acusado M — C — R —, interesando para el mismo la pena de 4 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, abono de costas, y de conformidad con el artículo 57 del CP en relación con el artículo 48 del mismo texto legal, la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros y de comunicarse por cualquier medio con Z — V — A — durante 5 años. ASÍ COMO A QUE INDEMNICE A LA PERJUDICADA EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS MORALES OCASIONADOS EN LA CANTIDAD DE 2.000 EUROS, CON APLICACIÓN DE LOS INTERESES PREVISTOS EN LOS ARTS. 576 Y 580 DE LA LEC.

TERCERO.- La acusación particular, en igual trámite, elevando a definitivas sus conclusiones provisionales, calificó los hechos en los mismos términos que el Ministerio Fiscal, solicitando las mismas penas pero añadiendo la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y que las prohibiciones del art. 57 se extienda a los familiares de la víctima, y que la indemnización ascienda a la cantidad de 4.000 €.

CUARTO.- La defensa del acusado, elevando a definitivo su escrito de conclusiones provisionales, mantuvo la libre absolución del mismo.

QUINTO.- Tras los informes finales y la última palabra del acusado quedaron los autos vistos para sentencia, procediéndose a su deliberación y votación, siendo ponente el Ilmo. Sr. don S — A — A —, quién expresa el parecer de la Sala.

SEXTO.- El acusado ha estado privado de libertad por estos hechos, en detención preventiva, desde el 11 al 13 de diciembre de 2011.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Estando probado y así se declara que sobre las 7:30 horas del día 10 de diciembre de 2011 el acusado M — C — R —, mayor de edad, con DNI nº —, nacido el 04.02.59, sin antecedentes penales, en su domicilio situado en C/ I —, nº —, 2º derecha, V —, en Santa Lucía de Tirajana, con plena consciencia de su ilicitud y guiado por un evidente ánimo libidinoso, se acercó a la menor Z — V — A — G —, nacida el 7 de enero de 1999, vecina (en cuanto residía con sus padres en el mismo edificio si bien en el 1º derecha) y amiga de su hija también menor de edad C — C —, aprovechando que aquella dormía en el sofá del salón en un lado - haciéndolo en el otro su hija C — -, y comenzó a tocarle la zona genital por encima de la ropa.

Percatándose la menor Z — V — de lo que estaba sucediendo al despertarse sorprendida con esos tocamientos, se giró sobre sí misma haciéndose la dormida, ante lo cual el acusado le cogió una pierna y se la puso encima de las suyas, aproximándose a ella y frotando sus genitales con los genitales de la menor; mientras intentaba bajarle el pijama, instante en que la niña, quién ya no soportaba más la situación y viendo que el acusado no desistía, hizo gestos como que se despertaba para que éste parase, lo que motivó que efectivamente dicho acusado dejase de continuar con su propósito, levantándose del sillón como si nada hubiese ocurrido, abandonando la menor su domicilio un tiempo después cuando hubo desayunado a fin de no dar la impresión de que se había enterado de lo sucedido, encaminándose





inmediatamente a su domicilio donde contó lo sucedido a sus progenitores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual previsto y penado en el art. 183.1 del CP, en grado de consumación, del que resulta responsable en concepto de autor directo y material conforme a los arts. 27 y 28 del CP el acusado.

Valorando en conciencia y en conjunto toda la prueba practicada, sometida a la debida contradicción de las partes y con sustento en la percepción directa de las declaraciones practicadas en el juicio oral, incluyendo pues la versión exculpatoria del acusado, esta Sala ha llegado a la plena y absoluta convicción de que los hechos objeto de acusación se produjeron efectivamente, y en la forma en que han sido expuestos en la declaración de hechos probados.

Comenzando por la declaración de la menor denunciante, el Tribunal Supremo viene manteniendo especiales cautelas cuando la única prueba de cargo para desvirtuar el principio de presunción de inocencia viene constituida por la declaración de la víctima, ya que en tal caso debe ponderarse al tiempo el interés del Estado en perseguir todo tipo de infracciones penales, incluyendo aquéllas que se cometen buscando especiales circunstancias de tiempo y/o lugar que dificulten la existencia de vestigios objetivos al no haber más versión (aparte obviamente de la del denunciado) que la de la víctima, y el derecho fundamental a la presunción de inocencia de la que goza todo acusado, que se revela como una carga para quién sostenga la acusación, en el sentido de que deberá acreditar cumplidamente la realidad de los hechos en los que se apoya. En base a esta jurisprudencia, la consideración de prueba de cargo de la declaración de la víctima como suficiente para enervar la presunción de inocencia precisará de los siguientes presupuestos:

1º) Ausencia de Incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2º) Verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio –declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso– sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim). En definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho; y

3º) persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (SsTS 1.422/04, de 2 de febrero, 1.536/04, de 20 de diciembre, y 224/2005, de 24 de febrero).

Conviene precisar, como pone de manifiesto la última de las sentencias citada, que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia





podiera dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa, dice la STS de 19 de marzo de 2003, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de ésta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aún teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

Más concretamente señala la Sala Segunda (STS 950/2009, de 15 de octubre) <<que el convencimiento del juzgador puede perfectamente lograrse por la declaración de un solo testigo, aunque ésta sea la propia víctima, bien entendido que, en contra de lo que se apunta en el motivo, la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo (SS. 706/2000, 313/2002, 339/2007 de 30.4), como del Tribunal constitucional (SS. 201/89, 173/90, 229/91), atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen estos delitos contra la libertad sexual, impiden en ocasiones disponer de otras pruebas, que es por tanto, prueba lícita y suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Encuadrada en la prueba testifical, su valoración corresponde al Tribunal de instancia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre los hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la inmediatez a través de la cual el Tribunal de instancia forma su convicción no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

Más pormenorizadamente y en relación con tales criterios, se señala por la Sala Segunda -STS 480/2012, de 29 de mayo, entre otras muchas- - lo siguiente:

a) Respecto al criterio de la incredulidad tiene, como señala la *sentencia de 23 de septiembre de 2004*, dos aspectos subjetivos relevantes:

a") Las propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

b") La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatória sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de





sus afirmaciones, pues a nadie se le escapa, dicen las SSTs, 19.12.2005 y 23.5.2006, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza, enemistad o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aún teniendo estas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva. Es por cuanto si bien el principio de presunción de inocencia impone en todo análisis fáctico partir de la inocencia del acusado, que debe ser desvirtuada fuera de toda duda razonable por la prueba aportada por la acusación, si dicha prueba consiste en el propio testimonio de la víctima, una máxima común de experiencia le otorga validez cuando no existe razón alguna que pudiese explicar la formulación de la denuncia contra persona determinada, ajena al denunciante, que no sea la realidad de lo denunciado.

b) Por lo que a la verosimilitud del testimonio se refiere y siguiendo las pautas de la citada sentencia de 23 de septiembre de 2004, aquella, la verosimilitud, debe estar basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:

a") La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

b") La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim.), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

c") Por último, en lo que se refiere a la persistencia en la incriminación, y siguiendo la doctrina de la repetida sentencia, supone:

1) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones» (Sentencia de 18 de junio de 1998).

2) Concreción en la declaración que ha de





hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

3) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

En todo caso los indicados criterios no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que estos factores de razonabilidad valorativos representen.

Por ello -como decíamos en las SSTS. 10.7.2007 Y 20.7.2006- la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatorios, no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituye un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones.

SEGUNDO.- Presupuesto lo anterior, esta Sala considera plenamente creíble la declaración inculpatoria de la menor, dado que ésta mantuvo en el acto del juicio un relato coherente, congruente con relatos anteriores más allá de las diferencias en aspectos meramente secundarios que no alteran en lo sustancial el relato principal de los hechos, demostrativo de que no cuenta una realidad implantada sino vivida, como lo denota incluso sus respuestas directas, sin dejar lugar a gestos dubitativos, así como el modo y el orden en que se produjera la secuencia, frente a las preguntas de la defensa encaminadas a poner de manifiesto supuestas ambigüedades y contradicciones que, por las razones dichas, no dejan de recaer en aspectos meramente accesorios al núcleo esencial del hecho punible, tomando en consideración además que han transcurrido desde los hechos -el 10 de diciembre de 2011- hasta el juicio oral casi tres años.

La declaración de la denunciante coincide en lo sustancial con su previo relato ante el Juez instructor -folios 34 y 35-. Alude la defensa a contradicciones, señalando más singularmente que en instrucción no mencionase que frotase el acusado la pierna de la menor con sus genitales.

Ya hemos significado que la persistencia en la incriminación es valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones», sin que se exija que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituye un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones.

Dicho esto, es de observar la coherencia y uniformidad que presentan las declaraciones ante el Juez Instructor y en el juicio oral, sin que siquiera se advierta la contradicción que destaca la defensa. La menor refirió ante el Juez Instructor que notó al padre de C. — en la esquina donde se juntan las dos





piezas del sofá -en L, en una parte dormía C —, y en la otra la denunciante, aproximadas pies con pies-, indicando que le tocaba la zona genital por encima de la ropa. Extrañada se quedó quieta porque no sabía como reaccionar, pero el imputado seguía tocándola haciéndose ella la dormida. Se giró para ver si el acusado desistía, se puso boca arriba y el acusado le cogió una pierna y se la puso encima de las suyas, se aproximó a ella y frotó sus genitales con los de la menor. Aunque en ese instante no menciona que con las piernas de la menor se frotase sus genitales, sí que indicó que puso sus piernas sobre las de él, insistiendo en el juicio oral que sí que le dijo a la Guardia Civil que le hizo frotar sus piernas con su zona genital. En realidad, esa omisión ni deja de ser absolutamente irrelevante, ni entrafía más que una mera aclaración dada luego en el plenario, pues es perfectamente admisible que cuando el acusado colocara las piernas de la menor sobre las suyas, las situase justamente encima y frotase con ellas su zona genital, dada la evidente proximidad.

Por tanto, ni estamos ante una contradicción sustancial que revele una inveracidad subjetiva, ni como se ha expuesto, ese detalle no deja de ser un aspecto susceptible de interpretación en ambas manifestaciones, sin que la falta de expresa mención en la dada ante el Juez Instructor completada por la declaración en el plenario, conlleve que estemos ante una historia inventada, máxime si se tiene en cuenta que la verosimilitud de un testimonio no es el resultado de una operación matemática a modo de suma de partes, sino que la credibilidad se ha de examinar en su conjunto, teniendo en cuenta no solo el aspecto externo de lo que se dice, sino el aspecto de convicción interna de esta Sala, esto es, del cómo se cuenta el relato, sin obviar corroboraciones periféricas, así como la completa ausencia de motivos espurios que justificasen un relato inventando.

Desde esta perspectiva, el relato de la menor en el plenario es ciertamente contundente, impresionando absoluta credibilidad, siendo en la actualidad una menor que cuenta con quince años de edad pero que denota una cierta madurez, con plena consciencia de lo que había ocurrido y de su trascendencia, muy lejos de un perfil fabulador, realizando una exposición de los hechos que denota expresión de una situación vivencial real, y no fruto de la invención. Del modo en que declara se infiere una personalidad madura y estable, con plena consciencia de la trascendencia de los hechos, con discernimiento claro entre lo que resulta correcto y lo que no lo es. Se trata de una menor sin ningún tipo de problemas sociales ni familiares, que hasta ese instante mantenía una relación cordial con el acusado, por ser el padre de su amiga C —, hasta tal punto que de vez en cuando se quedaba a dormir en su casa, llegando a jugar a las cosquillas con él en compañía de C —, algo que consideraba completamente normal al carecer esos juegos -como así lo entendía y ni se lo planteaba- de connotaciones sexuales.

La defensa ha insistido en que todo obedece a una venganza de la menor, porque el día anterior el acusado supuestamente le prometiese salir a desayunar unos creps, promesa que sin embargo éste no habría cumplido, lo que motivó que ella le dijese que se iba a acordar, lo que en ese momento para el acusado -según sostuvo éste- careció de importancia, pero que entiende que, visto lo acontecido después, fue una amenaza. Tal aseveración es simple y llanamente absurda. Primero, porque a tenor de la declaración de la menor no estamos con una niña caprichosa capaz de inventarse hechos de semejante gravedad por un enfado momentáneo, máxime en cuanto ella misma niega la mayor, esto es, que existiese ese enfado -ni siquiera su deseo de un creps-. El informe psicológico





de la menor al que más tarde aludiremos, ahonda en esta línea. Segundo, porque la menor tenía una muy buena relación con el acusado, pues era el padre de su amiga. Se llevaban muy bien, luego carece de sentido que, siendo consciente como así lo pone de manifiesto, en lo grave de sus imputaciones, se arriesgue a inventárselo por algo tan nimio como un enfado porque no la llevase a comer algo que le apetecía. Además, en su declaración plenaria aportó un dato nada baladí, y es que se fue a su casa en compañía de C. — porque visto lo sucedido no quería dejarla sola con su padre. Este comportamiento, claramente protector y hasta paternalista con C. — -obsérvese que su amiga es tres años más pequeña que ella- resulta claramente incompatible con la denuncia de unos hechos que supondría que ya no podría estar más con la misma.

En relación con la inmediación probatoria, ciertamente que debe considerarse ya superada su tradicional configuración casi mística -rechazada por nuestra moderna jurisprudencia-, en el sentido de que el testimonio de la denunciante será creíble en cuanto así lo exprese el Tribunal que juzgue con mención a conceptos como "sinceridad", "contundencia" o "rotundidad", enraizados en la imparcialidad del Juez, que por serlo, su convicción será siempre objetiva. Sin embargo, la función de juzgar no es solo objetiva por principios, sino que tiene que serlo en cada caso en cuanto es ejercida por personas que no pueden sustraerse a su condición humana, y que por tanto deberán exteriorizar las razones de su íntima convicción para desterrar cualquier atisbo de arbitrariedad. Por tanto, la confianza en la justicia no se asienta en principios programáticos -no es un acto de fe-, sino en un ejercicio racional y ponderado, expresivo de una convicción a la que se llega con sustento en parámetros objetivamente aceptables. En suma, la función jurisdiccional no tiene por finalidad convencer al acusado que es culpable, ni a los denunciante que aquél no lo sea, sino explicar la conclusión a la que se llegue sobre la base de unas pruebas que respeten las garantías de todo acusado, exteriorizando las razones por las que el Tribunal llega a su convicción, eliminándose con ello todo atisbo de arbitrariedad.

Desde esta perspectiva, precisamente el que la función jurisdiccional sea impartida por personas que no pueden sustraerse a su condición humana, es por lo que la cuestión de la credibilidad no puede estar exenta siempre de una cierta subjetividad, pues la apreciación probatoria en necesaria relación causa-efecto con la convicción íntima del Juzgador se enlaza precisamente con el convencimiento, sustancialmente subjetivo.

Dicho esto, y retomando las razones por las que esta Sala se cree firmemente a la víctima, entendemos que las mismas son suficientes como para exteriorizar esa convicción sobre la base de argumentos no solo claros, sino objetivamente aceptables justamente comprobando la grabación del juicio oral.

Añadamos, que la percepción no puede desconectarse del resto de criterios valorables en la declaración de la víctima. Esta tenía una muy buena relación personal con el acusado justamente hasta el día de la denuncia. Y como consecuencia de ella, no solo se rompió esa buena relación, sino que perdió a su amiga C. —.

Es tan contundente el relato de la denunciante como hemos indicado antes, que la supuesta contradicción antes señalada debe admitirse racionalmente en los términos que hemos indicado, sin que por tanto implique que existan dudas sobre la credibilidad de la víctima. Su testimonio es coherente en lo sustancial, y





además ningún motivo tenía ni tiene como para haber denunciado esos hechos, ni para sostenerlos en el plenario, si respondieran a una falacia.

Pero es que al margen de lo anterior, la fuerza convictiva de la declaración de la víctima resulta externamente corroborada por la declaración del padre de la menor E —, así como por el examen realizado por las psicólogas forenses de su personalidad, siempre situando en su justo contexto tanto un medio probatorio -la declaración del progenitor- como el valor de ese tipo de informes en la configuración global de la prueba de cargo, pues como más adelante señalaremos, la valoración de la credibilidad es algo que corresponde al Tribunal, no a los peritos.

Y finalmente, no podemos obviar la declaración misma del acusado, así como la testifical de su hija menor C —, que si bien podemos descartar que sean prueba de cargo, sí que a tenor de su contenido y conjuntamente con el contraste con la declaración de la menor víctima, sí que cabe considerar que carecen de su pretendido valor exculpatorio, careciendo también de este efecto el informe pericial que proporciona la defensa y al que más adelante aludiremos.

TERCERO.- Comenzando por la declaración del padre de la menor denunciante, hemos de tener en cuenta el rechazo jurisprudencial hacia el testimonio de referencia cuando se dispone del testigo directo - SsTS 24/2003, de 17 de enero; 508/2007, de 13 de junio; 587/2010, de 27 de mayo; 546/2013, de 17 de junio. Si embargo, resulta admisible cuando lo que con él se pretende es tratar de apuntalar o de combatir la fiabilidad del testigo directo, o cuando lo que se pretende con el mismo es que ponga de manifiesto circunstancias importantes por él advertidas -lo que en tal caso constituiría un testimonio directo- que incidan directamente en la corroboración de lo declarado por el testigo directo, como a título de ejemplo puede ser que se vea un resultado lesivo inmediato a una discusión, o el estado psicofísico de quién se presenta como víctima.

En tal sentido, la STS 1.322/2009, de 30 de diciembre señala que *"la testifical de referencia sí puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral. El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo - por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-.*

Ello no obsta, tampoco, para que el testigo de referencia puede valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba, sin olvidar que el testimonio de referencia puede tener distintos grados, según que el testigo narre lo que personalmente escuchó y percibió (auditio propio) o lo que otra persona le comunicó (auditio alieno) y que, en algunos supuestos de percepción prueba puede tener el mismo valor para la declaración de culpabilidad del acusado que la prueba testifical directa."





Dicho esto, dos son los aspectos fundamentales del elemento corroborador del testimonio del padre de la menor: el relativo a la personalidad de ésta, y otro su reacción tras contarle lo sucedido. Ambos configuran un relato que proporciona solidez a la versión de la menor, resultando viable desde la perspectiva de la presunción de inocencia como prueba de cargo, desde el mismo momento en que la declaración de D. E ——— importa no por lo que la menor denunciante le haya contado acerca del cómo sucedieran los hechos - testimonio de referencia-, sino por esos dos aspectos a los que hemos aludido y respecto de los cuáles la jurisprudencia precisamente admite como objeto de valoración.

En todo caso, es importante destacar en primer lugar, que carece de fundamento el intento de la defensa en tratar de desvirtuar la versión del padre de la menor, apuntando a un posible móvil económico. Y es que hemos de destacar que dicho testigo mantenía una relación cordial, de buena vecindad con el acusado. No se señala que tuviera problemas con él. Además, no parece lógico que dicho testigo forzara una versión incriminatoria de su hija, haciéndola pasar por este procedimiento penal con las consecuencias que en su entorno ha tenido este hecho, y para la propia menor, quién de paso pierde la buena relación que tenía con su amiga C ———, hija del acusado, por una ilegítima pretensión económica que a tenor de su escrito de acusación se traduce en 4.000 €, cantidad sin duda irrisoria como para considerar que con ella pretenda dicho testigo lucrarse indebidamente.

Pero es que al margen de lo anterior, no podemos desdeñar las propias manifestaciones del citado testigo cuando fuere interrogado sobre un supuesto interés económico en el ejercicio de la acción penal. Su reacción fue, primero de sorpresa, y a continuación de cierta indignación, pues su único fin tal y como expone con la dureza propia de quién está convencido de la tesis de su hija, es, según refirió literalmente que *"es un pervertido, lo único que pretendo es que no esté por ahí haciéndoselo a otra niña"*, para a continuación añadir que *"es normal que se enfade porque no le gusta que tocara a su hija"*. Entendemos que tales manifestaciones, y el tono empleado por dicho testigo, ponen de manifiesto que no tiene interés espurio en la denuncia, más allá de la reacción que hemos de considerar objetivamente legítima de quién está convencido de la versión de su hija.

Dicho esto, el citado testigo, además de indicar como su hija relató lo que había pasado tras llegar a casa, señala que nunca la había visto así, que pensó que había pasado algo gravísimo pues oyó "gritos, llantos, desesperación" en el cuarto de baño donde se había cerrado su hija con su mujer a hablar. Indica que la menor casi no podía hablar, que simplemente le dijo que su vecino le había metido mano cuando dormía.

Al margen de la percepción directa sobre el estado en el que se encontrara su hija, señala que es una niña responsable y centrada, que no es capaz de acusar falsamente, explicando cómo su hija pudo aguantar y hasta desayunar tras lo acontecido en la casa del acusado, porque señala que es fuerte, y que aguantó para salir de allí sin problemas y con C ———, hasta que subió a casa y contó lo que había pasado. Tales manifestaciones sobre la personalidad de la menor, resultan coincidentes con la que impronta de la declaración de la misma ante esta Sala.

CUARTO.- Añadamos a lo anterior, el resultado del informe pericial





psicológico emitido sobre la menor, obrante a folios 167 a 171, y ratificado en el juicio oral por las peritos forenses que lo emitieran.

Diremos que la opinión sobre la verosimilitud o inverosimilitud del testimonio de un menor emanada por un psicólogo, aún sustentado en parámetros científicos, jamás podrá subvertir o sustituir la libre apreciación del juzgador, en cuanto precisamente la imposibilidad de constatar la certeza de un relato analizando la personalidad del relator determina que semejantes conclusiones no puedan descontextualizarse de la valoración conjunta de toda la prueba que se practica en el juicio oral, ya que es el Tribunal y no un perito quién juzga. Es por ello que como nos recuerda la STS 1.315/2005, de 9 de noviembre, con respecto al informe pericial psicológico sobre el testimonio de la menor, es claro que no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical pero sí puede constituir un valioso elemento complementario de valoración, como ha declarado esta Sala, por ejemplo S. 12.6.2003. Es decir la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la absolución o condena de una persona compete constitucionalmente al Juez, Jurado o Tribunal sentenciador, con los asesoramientos que estime procedentes. Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quien los emite, opinión que no puede, ciertamente, por sí misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Tribunal o Jurado, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable (STS 14.2.2002 [RJ 2002\2473]), pero a «sensu contrario» sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas.”

En parecidos términos señala la STS 950/2009, de 15 de octubre, que <<el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del Juez, aunque sí podrá ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (SSTS. 23.3.94, 10.9.2002, 18.2.2002, 1.7.2002, 16.5.2003).

En definitiva la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes.

Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quienes los emiten, opinión que no puede, ciertamente, por sí misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Juez o Tribunal, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable (STS. 14.2.2002), pero a “sensu contrario” si pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas.>>.

Por último, la STS 179/2014, de 6 de marzo, con amplia cita de sentencias





de la Sala, además de resaltar su improcedencia en testigos adultos y en acusados, singularmente respecto de éstos últimos por la proyección que puedan tener en sus garantías constitucionales (salvo que tenga por objeto aquello en lo que puede incidir en su imputabilidad respecto a los hechos), señala que pueden ser importantes cuando se trata del testimonio de un menor o de quien sufra una disminución psíquica, a efectos de determinar el grado de fiabilidad de estos testigos por las especiales circunstancias que en ellos concurren, y aunque tampoco pueden nunca vincular al Juez o Tribunal ni sustituirlo en su exclusiva función valorativa, sí pueden aportarle criterios de conocimiento psicológico especializado y, por tanto, científico, sobre menores de edad y las pautas de su posible comportamiento fabulador que le auxilien en su labor jurisdiccional, añadiendo la relevancia que en la valoración de la credibilidad del testigo, -sea víctima o sea un tercero- pueden tener sus condiciones psico-físicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc.

En suma, es esto y no la veracidad misma del testimonio, lo que puede ser objeto de una pericia.

El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional, pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria (...) Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudoponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar o desplazar la capacidad jurisdiccional pura decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado (STS 485/2007, 28 de mayo).

Situada pues en su justo contexto, de la pericial psicológica practicada en este proceso conviene resaltar la constatación de un síndrome postraumático consecutivo a los hechos -páginas 2 y 3 del informe-, así como los resultados de su evaluación psicológica -página 3-, en las que se alude a que no sea persona sugestionable, ni fantasiosa, presentando un nivel de Inteligencia superior a la media de su edad. Destaca asimismo el hallazgo de una huella psíquica de un hecho traumático, que se presenta en Informes clínicos del Servicio Canario de salud donde fuere valorada el 29 de mayo de 2012, e igualmente un Informe psicológico de 1 de julio de 2012 con diagnóstico de sintomatología característica de TEPT de tipo agudo en el momento de la evaluación -página 2-. Se aprecia finalmente la existencia de un entorno social normalizado.

Por tanto, las anteriores consideraciones emitidas por las psicólogas forenses no hacen más que fortalecer el juicio convictivo de la Sala acerca de la credibilidad del testimonio de la menor conforme a su declaración plenaria, y con arreglo a los parámetros que expusimos anteriormente para valorar su testimonio.

Frente a este informe pericial emitido por dos psicólogas forenses, funcionarias públicas que actúan al servicio de la administración de justicia, sin animadversión señalada ni mucho menos acreditada respecto del acusado, al que ni siquiera conocen, y con una amplísima experiencia en la emisión de este tipo de informes, cuyas consideraciones, como hemos expuesto, no constituyen ni mucho menos la prueba de cargo nuclear en este proceso, nos encontramos





con un informe pericial de la defensa, y que fuere aportado por ésta con antelación al juicio oral, que no podemos calificar de psicológico, pues su objeto es refutar el informe pericial psicológico de las forenses, al que el perito de la defensa califica expresamente como falta de rigor en su declaración en el acto del juicio oral. Por tanto, no es un informe que examine la personalidad de la menor, de modo que no puede concluir que aquella presente un perfil psicológico que desvirtúe en alguna medida su testimonio. Su objeto es analizar el método de trabajo de las psicólogas forenses, que critica abiertamente, e igualmente sus conclusiones.

Si como hemos señalado, la pericial psicológica forense, incluso para los miembros de esta Sala hubiere sobrado por la contundente prueba de cargo que encontramos en la declaración de la menor, corroborada por la de su padre, con una pericial de parte que lo único que hace es combatir la metodología de las forenses pero sin aportar absolutamente nada sobre el testimonio de la menor, hemos de concluir en la completa irrelevancia a los efectos exculpatórios del acusado, al menos en lo concerniente a la valoración de la declaración de la menor.

No obstante, sí que podemos hacer notar ciertas cuestiones que se derivan de la confrontación en el juicio oral del trabajo realizado por las psicólogas forenses y el perito de la defensa. Las primeras ostentan no solo la cualificación adecuada para emitir sus informes, sino que además se trata de funcionarias públicas que ostentan un deber reforzado de objetividad e imparcialidad. Además, tal y como hemos indicado con anterioridad, a esta Sala no le interesa la conclusión sobre la credibilidad de la testigo, y no por una cuestión de celo profesional, sino porque constituye justamente la razón de ser de los juicios orales y de la apreciación probatoria exigible en cada caso de los Tribunales, tal y como se ha expuesto ampliamente y con anterioridad conforme a reiterada doctrina jurisprudencial. Sin embargo, el perito de la defensa solo incide en la credibilidad de la testigo, y más propiamente en que el informe de las peritos psicólogas forenses solo destaca la concurrencia de apenas 4 a 5 criterios de los 20 que entiende deben concurrir para considerar un testimonio como creíble. Critica asimismo el método de evaluación, entendiendo que debía haberse utilizado el procedimiento SVA, que entiende es la más utilizado en la actualidad.

Sin embargo, en este método, la fase de análisis del contenido basado en criterios (CBCA en Inglés "Criterial Based Content Analysis"), y que data de poco después de la Segunda Guerra Mundial, presenta en la práctica forense unos porcentajes de acierto del 60 %, y que normalmente, en el mejor de los casos, de 20 criterios se atinan solo 8. De hecho, en la actualidad se van abriendo métodos distintos, como el de análisis verbo-corporal que proporcionan menos criterios -diez- en los que se mezclan tanto verbales como paraverbales y corporales, que en algún estudio reciente realizado por la Universidad del País Vasco en el Campus de Leioa (Vizcaya), llegó a arrojar un resultado del 90 %. Sin embargo, en un estudio de 1993, los psicólogos criminalistas Wagenaar, Van Koppen y Cormbarg entendieron que para considerar admisible la condena solo por un informe pericial de credibilidad se requerirían evidencias con un valor diagnóstico de al menos el 99,6 %, pues un sistema judicial que funcione adecuadamente no debía tolerar más de un 0,4 % de falsos positivos, que impliquen que un inocente sea declarado culpable.

En todo caso, no podemos desdeñar las críticas que desde el mismo ámbito





docente se realizan respecto a la excesiva sobrevaloración de las técnicas de análisis sobre credibilidad, de tal forma que como señala Antonio L. Manzanero de la Universidad Complutense de Madrid, no están exentas de limitaciones en atención a los datos arrojados por la investigación empírica. Se critica además el procedimiento de análisis basado en la suma de criterios, cuando lo importante es saber el porqué.

La escasa fiabilidad de la CBCA se proyecta en diversos estudios que marcan márgenes de error que no son tolerables, y son muchas y variadas las dudas que exponen investigadores de diversas universidades sobre el análisis de contenido como método para valorar la credibilidad de los testimonios (Brigham, 1999, Davies, 2001; Lamb, Sternberg, Esplin, Hershkowitz, Orbach y Hovav, 1997; Manzanero, 2004; 2009; Rassin, 1999; Ruby y Brigham, 1997; Sporer, 1997; Vrij, 2005; Wells y Loftus, 1991).

Lo anterior revela sin duda que en el ámbito de la psicología del testimonio no existen soluciones cerradas al modo de la metodología matemática, lo que impone situar el valor del informe psicológico más en el examen de la personalidad del testigo que en el de su credibilidad, máxime cuando su resultado es siempre parcial, pues no tiene en cuenta la totalidad de las pruebas con las que cuenta el Tribunal sentenciador. Por más que en el ámbito de la ciencia forense puedan admitirse métodos de estudio encaminados a proporcionar respuestas fiables sobre la credibilidad, la experiencia no arroja resultados con márgenes de error aceptables, de tal modo que se ha de reconducir la cuestión al principio de libre apreciación o la sana crítica del Juzgador (arts. 348 de la LEC y 741 de la LECRIM), siendo el único límite que gira en torno a las reglas de la lógica y criterios de racionalidad, la motivación del fallo judicial (art. 120.3 de la CE).

La valoración de la pericial habrá de descansar por tanto en la autoridad científica del perito, su imparcialidad, la coincidencia del dictamen pericial con las reglas de la lógica de la experiencia común, los métodos científicos aplicados y, sobre todo, la coherencia lógica de la argumentación desarrollada por el perito.

Esto y no otra cosa es lo que se advierte en el informe psicológico de las forenses, y de ahí que lo valoramos como elemento de corroboración de la declaración de la menor, de tal forma que frente a la crítica del perito de parte sobre su escasa extensión, diremos que lo importante es lo que el Informe recoge, no lo que el perito de la defensa entiende que no recoge, pues también es importante destacar que no por ser extenso un informe resulta más acertado.

Añadamos a ello, aplicando esos criterios de racionalidad, que el hecho objeto de análisis no se desarrolla en un largo contexto espacio-temporal, sino que acontece en un momento puntual y determinado, y de muy escasa duración, lo que implica que el análisis de sus vicisitudes desde la perspectiva de la fiabilidad del testimonio de la perjudicada, no puede presentar ni requerir el mismo estudio que hechos que hayan venido sucediendo durante largo tiempo, y que normalmente corran paralelo, cuando de menores de edad se trata, a su propio desarrollo emocional.

QUINTO.- Frente a toda esta abundante prueba de cargo nos encontramos con la declaración del acusado, quién -amparado por el derecho fundamental a





la presunción de inocencia- niega los hechos que se le imputan, pero también la declaración de su hija menor de edad, C —, que solo en apariencia corrobora su versión, como luego veremos.

En relación con el alcance y valoración de la declaración del acusado, aunque es natural y esencialmente un elemento de prueba de la defensa, que en otros ordenamientos jurídicos –como el estadounidense- llega al punto de que su comparecencia en el plenario solo puede ser propiciada por la defensa pero nunca por la acusación, no por ello debe obviarse su consideración de prueba que, conjuntamente con las demás, puede conformar la convicción del Tribunal.

Sin embargo, la proyección que en esta prueba tiene el derecho fundamental a la presunción de inocencia, así como el de guardar silencio, determinan que las apreciaciones sobre su valoración negativa para el mismo, esto es, sobre el reflejo que el testimonio del acusado pueda tener en su propia condena, esté sometida a profundos matices. Desde luego que el Derecho continental, en el que hunde sus raíces nuestro ordenamiento jurídico, no llega a negar toda eficacia probatoria de cargo a lo que diga el acusado, pero sí que configura su testimonio en torno a la idea esencial de que lo que diga no puede ser utilizado en su contra, salvo para negarle, en sentido contrario, efecto exculpatario si existiendo prueba de cargo suficiente para la condena, la versión que ofrece es irracional e incluso falaz. Dicho de otro modo, si dándose esa prueba de cargo suficiente para la condena, desconectada absolutamente de la declaración del acusado, éste guarda silencio, ofrece una versión absurda o irracional de lo acontecido, o miente, sus manifestaciones pierden toda eficacia exculpatoria para encontrarnos en un escenario en el que solo conforma la convicción del Tribunal la prueba de cargo.

El silencio, equiparable a la falta de una explicación alternativa a la realidad de lo que se denuncia, no deja de ser más que una manifestación de un derecho fundamental, y así lo viene sosteniendo con reiteración la Sala Segunda - STS 1.030/2009, de 22 de octubre; 463/2012, de 6 de junio- y el propio Tribunal Constitucional -STC 26/2010, de 27 de abril-, si bien matizando ésta última sentencia que *"el silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficiente, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatario, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado (STC 155/2002, FJ 15, citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6)"*.

La STC 17/2009, de 15 de junio es clara al respecto: *"este Tribunal ha afirmado que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (por todas, SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4) y que no pueden extraerse consecuencias negativas para el acusado derivadas exclusivamente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable (por todas, STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 8). A lo que cabría añadir que el ejercicio del derecho de defensa al que aparecen íntimamente vinculados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes ofrece una cobertura reforzada a las manifestaciones vertidas tanto por los Abogados en el ejercicio de su función de defensa, como por los ciudadanos que asumen por sí mismos en un procedimiento la defensa de sus derechos e intereses legítimos, por no ser preceptiva la asistencia letrada (por todas, SSTC 15 288/1994, de 27 de*





octubre, FJ 2; 102/2001, de 23 de abril, FJ 4 y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 4).

Ahora bien, de todo lo anterior no puede concluirse como hacen los recurrentes- que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva. Ello no es así ni siquiera en el proceso penal. Pues aunque hemos afirmado que la futilidad del relato alternativo no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, también hemos declarado que, en cambio, la versión de descargo puede servir como contraíndice o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (por todas, SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 15; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 6; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5 y 10/2007, de 15 de enero, FJ 5). Nuestra doctrina, por tanto, desvirtúa el argumento expuesto en la demanda según el cuál ninguna consecuencia negativa puede derivarse de la falsedad de las afirmaciones de los recurrentes por haber sido emitidas en el ejercicio de su derecho a no confesarse culpables."

En consecuencia, tanto si el acusado miente como si da una versión inconsistente (STS 463/2012, de 6 de junio), tales aspectos pueden y deben ser valorados como prueba de cargo. No se trata de convertir la mentira o la versión inconsistente en la prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, sino en valorar la declaración del acusado como una prueba -de cargo o de descargo según su resultado- más en función de las restantes pruebas practicadas, de modo que si en el plenario se ha practicado prueba de cargo para la condena, la mentira o la versión inconsistente puede servir de corroboración de aquella prueba de cargo desconectada de la declaración del mismo acusado.

En el ámbito de la doctrina emanada de la Sala Segunda, la STS 1736/2000, de 15 de noviembre ya remarcaba el alcance del valor que puede tener el silencio del acusado en el ámbito de la llamada prueba indirecta, señalando que "La participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad para conducir por vía deductiva y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia. De este mecanismo, el silencio del acusado no forma parte porque no es premisa de la conclusión ni un elemento incorporable al proceso lógico como un indicio más entre otros"

No obstante, reiterada doctrina jurisprudencial viene sosteniendo -SsTS 2/1997, de 29 de noviembre; 470/1999, de 29 de marzo; 1443/2000, de 20 de septiembre; 1736/2000, de 15 de noviembre; 2 de febrero de 2010-, que la decisión de guardar silencio o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporte el acusado pueden ser tenidas en cuenta por el órgano judicial como corroboración de lo que ya está probado. Si la situación reclama claramente una





explicación del acusado en virtud de las pruebas aportadas, el sentido común dicta que la ausencia de declaración equivale a que no hay explicación posible.

Más recientemente señala la STS 367/2014, de 13 de mayo que "Como acabamos de señalar, por ejemplo en la STS núm 359/2014 de 30 de abril, el acusado no está obligado a declarar, y en el supuesto de que lo haga, la falta de credibilidad de sus declaraciones exculporias no constituye una prueba de cargo de su culpabilidad, pues también tiene el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo.

Cuestión distinta es que existiendo prueba de cargo indicaría de su culpabilidad, suficiente en sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, la escasa verosimilitud de sus afirmaciones no permita tomarlas en consideración como una explicación alternativa y razonable que desvirtúe la fuerza de convicción de la prueba de cargo.

En otra reciente *sentencia de esta Sala núm. 679/13, de 25 de julio*, ya se dice que " *El mero hecho de que el acusado incurra en contradicciones o mentiras en sus declaraciones, no constituye prueba de cargo de la realización del delito.*

Esta valoración de las declaraciones de los acusados viene justificada por la necesidad, para respetar en profundidad el principio de presunción de inocencia, de valorar las explicaciones o versiones alternativas que proporciona la defensa, con el fin de constatar si su verosimilitud y razonabilidad desvirtúan la eficacia probatoria de las pruebas de cargo".

En este sentido ha de interpretarse la *Sentencia del TEDH de 8 de febrero de 1996 (caso Murray contra el Reino Unido)* que establece que el silencio no puede ser considerado en sí mismo como un indicio de culpabilidad, y solo cuando los cargos de la acusación- **corroborados por una sólida base probatoria**- estén suficientemente acreditados, el Tribunal puede valorar la actitud silenciosa del acusado, señalando que " El Tribunal nacional no puede concluir la culpabilidad del acusado simplemente porque éste opte por guardar silencio. Es solamente cuando las pruebas de cargo requieren una explicación, que el acusado debería ser capaz de dar, cuando la ausencia de explicación puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible...".

Es decir que **el silencio, la falta de credibilidad o la demostración de la falsedad de las manifestaciones exculporias del acusado, nunca pueden constituir pruebas de cargo**. Solo pueden tomarse en consideración cuando exista prueba de cargo de su culpabilidad, suficiente en sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, para constatar que la ausencia, la escasa verosimilitud, o la manifiesta falsedad de sus afirmaciones, no permite tomarlas en consideración como una explicación alternativa y razonable que desvirtúe la fuerza de convicción de la prueba de cargo.

Y esto y no otra cosa es lo que se advierte en la declaración del acusado. La prueba de cargo practicada es ciertamente contundente, como se ha expuesto, y frente a ella el acusado no da explicación razonable alternativa del porqué la menor, vecina suya, amiga de su hija, y con la que hasta ese instante mantenía una buena relación, y que solía quedarse a dormir en su casa, ha podido inventarse todos estos hechos, siendo irracional que haya sido por una cuestión





tan nimia como un capricho no atendido.

Pero es más, la declaración del acusado dada en el plenario es sustancialmente distinta a la que ofreciere en la fase de instrucción, siendo el contraste de ambas manifestaciones el resultado del interrogatorio contradictorio al que fuere sometido por las partes acusadoras. Y es que en fase de Instrucción -folios 37 y 38- indica que Z— le pidió un masaje en el pie, y que se lo dio porque le dolía, más en el plenario cambia y señala que le miró el pie porque le dolía, negando expresamente que Z— le pidiera que le masajeara el pie, haciendo mención a un suceso acontecido el día antes y relacionado con una supuesta torcedura del tobillo de Z— en presencia del acusado, cuando estaba con las dos menores en un parque en el sur, del cuál nada había dicho hasta el juicio oral. En el juicio oral, niega el masaje, insistiendo en que se limitó a verle el pie porque tiene conocimientos de lesiones musculares ya que fue monitor de artes marciales.

La declaración del acusado es inverosímil por su contenido y por su irracionalidad, careciendo pues de valor exculpatorio.

Pero es más, tampoco tiene ese valor la declaración testifical de su hija, que en el juicio oral dio impronta de relato mecanizado, como si fuere implantado en su memoria para ser reproducido en el plenario. Además, llama la atención que su relato no sea el que diere su padre en fase de instrucción, sino el que diere éste en el juicio oral. Su padre dijo en instrucción que ella dormía cuando Z— le pidió el masaje, pero en el juicio oral C— convierte esa petición de masaje en una petición para que le mirase el pie porque le dolía, señalando que estaba despierta cuando escuchó decir a Z— tal cosa, y que su padre se limitó a mirarle el tobillo.

Con todo, basta con examinar la declaración del acusado en instrucción, y cotejarla con la que da en el juicio oral, para concluir en que nada tiene que ver la una con la otra, siendo sorprendente que su hija menor, tres años después a los hechos, y sin que nunca haya declarado, ofrezca un relato absolutamente coincidente con el que ex novo ofrece su padre en el juicio oral.

Con todo y en suma, valorando en su conjunto toda la prueba practicada, incluyendo la declaración del acusado, que por lo expuesto consideramos irrelevante para desvirtuar el resto, esta Sala ha llegado a la plena y absoluta convicción de que efectivamente los hechos se produjeron tal y como -consecuentemente a esta convicción- hemos hecho constar en la declaración de hechos probados, considerando por ello desvirtuada plenamente su presunción de inocencia.

SEXTO.- En cuanto al juicio de tipicidad, los hechos son legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de trece años del art. 183.1 del CP, y el cuál fluye con naturalidad del relato de hechos probados. La edad de la víctima consta acreditada, como elemento objetivo del delito, sin que se suscite duda alguna sobre ello, sin que ni siquiera se combata por la defensa del acusado.

Y aunque ésta no plantea el debate, simplemente añadir que la notoria significación sexual de los tocamientos dados posibilita el rechazo de cualquier posible duda acerca de ese juicio de tipicidad, singularmente frente a la falta de vejaciones injustas, lo cuál, dicho de paso, se infiere de la redacción de hechos





probados, que constituye pues la base de este análisis. En una primera aproximación a la casuística del Tribunal Supremo sobre la cuestión, podemos señalar que como regla de principio –STS 1331/2009, de 15 de diciembre– se indica que *"los actos libidinosos inconsentidos no tienen acomodo en tal art. 620, que son infracciones penales de carácter leve relativos a otros hechos ajenos a la libertad sexual de las personas. Si alguna vez se han incluido algunos relativos a tal clase de libertad, lo ha sido de modo excepcional, para acoger hechos fugaces y de mínima entidad, lo que no es el caso aquí examinado, en que existieron dos personas ofendidas y con tocamientos en dos sitios diferentes."*

En la misma línea, y respecto a tocamientos de un adulto a un menor en el muslo con ánimo libidinoso, comenzando a subir dirigiéndose a los genitales, que no pudo tocar al ser advertida esta conducta por la madre de la víctima, señaló la Sala Segunda –STS 87/2011, de 9 de febrero–, que los *"tocamientos en zona erógena de inequívoca significación lúbrica, que se han enmarcado correctamente por la Sala a quo en el concepto de abuso sexual. El abuso sexual se comete cuando se pretende satisfacer el instinto sexual mediante tocamientos de la más diversa índole, siempre que dichos tocamientos afecten a zonas erógenas o a sus proximidades, debiendo buscarse el criterio para distinguir entre los actos punibles y los que no lo son en las acciones que una persona adulta consideraría razonablemente como intromisiones en el área de su intimidad sexual, susceptibles de ser rechazadas si no mediara consentimiento (STS 15-10-2002)."*

Sin embargo, no faltan precedentes que admiten la apreciación de la falta, aun cuando concurre cierto ánimo libidinoso, en atención a la escasísima entidad de los hechos en relación con el principio de proporcionalidad. Y así también se ha indicado –STS 832/2007, de 5 de octubre–, que *"La jurisprudencia de esta Sala, en algunos precedentes, ha situado la línea delimitadora del abuso sexual frente a la falta de coacciones o vejaciones injustas, en el ánimo lúbrico que ha de concurrir en el primero de los delitos y que, sin embargo, está ausente en la falta (cfr. STS 416/1997, 24 marzo y ATS 12 mayo 2000). También ha proclamado que todo atentado contra la libertad sexual comporta una vejación injusta, pero ésta no consume el disvalor que afecta a dicho bien jurídico. Por el contrario, es el abuso sexual el que absorbe la vejación que da contenido a la falta del art. 620.2 CP (cfr STS 909/2002, 25 de mayo).*

En otras ocasiones, sin embargo, ha estimado contrario a los principios de proporcionalidad de la pena y de mínima intervención del derecho penal, que cualquier acto de tocamiento con ánimo libidinoso no consentido integrara la figura delictiva del abuso sexual. Resulta obligado atender a la intensidad de los actos de tocamiento, su carácter fugaz, y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes. En tales casos, estos tocamientos encajan mejor en la calificación de falta, (SSTS 6 diciembre 1956, 1302/2000, 17 de julio y 949/2005, 20 de julio)..", concluyendo en el caso concreto sometido a la consideración de la Sala Segunda que un beso no consumado merecía esta última respuesta punitiva en atención a este tipo de consideraciones.

En cualquier caso, la tónica general y prácticamente unánime en la doctrina que emana de la Sala Segunda, es delimitar la separación en base al criterio cualitativo del ánimo libidinoso, que resulta incompatible con la falta de vejaciones injustas. Y así, la relativamente reciente STS 702/2013, de 1 de





octubre, acerca del argumento de que los hechos descritos en la sentencia carecían de la intensidad necesaria para merecer su consideración delictiva de abusos sexuales, señaló que *"Es cierto que las acciones aquí consideradas pueden ser tenidas como de las de menor gravedad dentro de la escala de las lesivas para la libertad sexual; pero sin perder de vista que esta afectación, en efecto, existió; y que las mismas aparecen diferenciadas, precisamente, por ese rasgo típico que inequívocamente las connota. Tanto es así, que esta sala, por ejemplo -en el caso de la STS 928/1999, de 4 de junio- resolvió expresamente que, tratándose de contactos corporales breves o elementales, el dato determinante para considerar el hecho como delito o falta es el de la concurrencia o no del ánimo lúbrico en el sujeto activo, que, estando presente, dará lugar a la calificación de aquellos como delito.*

Y es que, efectivamente, puede haber situaciones en las que la ambigüedad de una cierta acción sea susceptible de inducir dudas acerca de su carácter. Pero las del ahora recurrente son de una coloración sexual inequívoca, como se ha visto; y tal especificidad obliga a darles el tratamiento jurídico-penal del que, con toda corrección, les ha hecho objeto la sala de instancia."

SÉPTIMO.- Es autor penalmente responsable del delito el acusado, por su participación directa y voluntaria en la comisión de los hechos que se declaran probados.

OCTAVO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

NOVENO.- En la concreción de la pena, la prevista para el delito de 2 a 6 años de prisión, al no concurrir circunstancias modificativas, deberá imponerse en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho -art. 66.1.6º CP.

El Fiscal y la acusación particular interesan 4 años. Por nuestra parte entendemos que han de imponerse 3 años y seis meses, sin llegar a la petición de pena de las acusaciones, pero sí con esa extensión superior al mínimo valorando la objetiva gravedad de unos hechos cometidos, y no ya por reacer sobre una menor de trece años -circunstancia ya tomada en cuenta por el legislador en el amplio margen punitivo que prevé, y por tanto no valorable en este ámbito de la individualización punitiva-, sino por aprovecharse de que ésta dormía tranquilamente en el domicilio de quién hasta entonces consideraba una persona de confianza, y por tanto con la salvaguarda propia de esta situación. Además, el acusado se atreve a realizar estos hechos estando su hija también menor presente, que aún dormida, podía dar lugar a que se despertase y presenciare un hecho reprobable por su propio padre y sobre su amiga. Pero también hemos de destacar la insistencia del acusado en tratar de satisfacer su apetito sexual, pues no contento con rozar el pie de la niña con sus genitales, rozó los suyos propios con los de ella, y además trata de bajarle luego su pijama, tras haberla tocado por encima en su zona genital.

La valoración conjunta de todas estas circunstancias determinan para los miembros de esta Sala la imposición de pena de prisión de tres años y seis meses, rechazando la de cuatro años pues ello sería tanto como equipararla a la concurrencia de alguna agravante que no se aprecia, y que constituye el fundamento de ese mayor reproche querido por el legislador.





De acuerdo con los arts. 56, 42 y 79, la pena de prisión anterior lleva aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 48 y 57, interesándose la misma por el Fiscal y la acusación particular, y considerándose justificada su imposición a la vista de las características del hecho, cometido por quién era vecino de la menor con la cuál tenía muy buena relación, se estima adecuada la imposición de la prohibición del acusado de acercarse a menos de 500 metros de la víctima, así como la de comunicarse con ella por cualquier medio por plazo de 5 años, prohibiciones que habrán de cumplirse simultáneamente con la pena de prisión impuesta, y que han de considerarse extensibles al padre y a la madre de la menor.

DÉCIMO.- Con arreglo a los arts. 109 y siguientes del Código Penal, el criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente y en consecuencia ha de indemnizar el daño causado. Dentro de los límites cuantitativos fijados por las acusaciones -el Fiscal interesa 2.000 €, la acusación particular 4.000, en ambos casos por daños morales-, señala la STS 483/2010, de 25 de mayo que los daños morales no son susceptibles de cuantificación con criterios objetivos aplicados en atención a la demostración o prueba de lesiones materiales, por lo que su traducción en una suma de dinero sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada, (STS nº 1336/2002, de 22 de julio).

En el caso concreto, a la vista del informe pericial psicológico -folios 167 a 172-, se ha constatado una sintomatología residual de trastorno por estrés postraumático, tendiendo a la remisión. Además, el hecho en sí es grave, y cometido además siendo la víctima menor de edad, y por una persona de la que no hacía presagiar esta conducta, produciendo además la ruptura del vínculo de amistad y afectivo que tenía con la hija del acusado.

En este contexto, aunque cualquier tipo de reparación económica por muy cuantiosa que sea hace imposible borrar el daño generado, se constata que lo hubo, en una edad importante en el desarrollo de la personalidad de todo ser humano. Por todo ello, la fijación de los 4.000 € que pide la acusación particular no puede considerarse ni mucho menos como excesivo, razón por lo cuál se fija en este importe la indemnización que debe abonarse.

A dicha cantidad deberán añadirse los intereses legales del art. 576 de la LEC.

UNDÉCIMO.- Conforme a los arts. 123 y 124 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de imponerse las costas del Juicio a los criminalmente responsables, y por ello deben imponerse al condenado, incluyendo las de la acusación particular.

Por todo ello, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en ejercicio de la potestad jurisdiccional y en nombre de S.M. el Rey, esta Sala acuerda el siguiente





FALLO

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado D. M
C **R**, ya circunstanciado, como autor penalmente responsable de un DELITO DE ABUSO SEXUAL A MENOR DE TRECE AÑOS, en grado de consumación, sin la concurrencia circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de **TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, PROHIBICIÓN DE ACERCARSE A MENOS DE 500 METROS DE Z** **V** **A** **G**, **ASÍ COMO LA DE COMUNICARSE CON ELLA POR CUALQUIER MEDIO POR PLAZO DE 5 AÑOS, PROHIBICIONES QUE HABRÁN DE CUMPLIRSE SIMULTÁNEAMENTE CON LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA (que han de considerarse extensibles al padre y a la madre de la menor), Y COSTAS (INCLUYENDO LAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR), ASÍ COMO A QUE INDEMNICE A Z** **V** **A** **G** **EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS MORALES OCASIONADOS EN LA CANTIDAD DE 4.000 EUROS, CON APLICACIÓN DE LOS INTERESES PREVISTOS EN LOS ARTS. 576 Y 580 DE LA LEC.**

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a la partes advirtiéndoles que contra esta resolución pueden interponer RECURSO DE CASACIÓN, que deberá anunciarse en la forma establecida en los arts. 855 y 856 de la LECRIM ante este mismo Tribunal, en el plazo de CINCO DÍAS a contar desde la última notificación de la presente.

Librese testimonio de esta resolución para su unión a los autos de su razón.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando definitivamente en primera instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

