



Roj: **SAP B 16562/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:16562**

Id Cendoj: **08019370102019100783**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **29/11/2019**

Nº de Recurso: **20/2018**

Nº de Resolución: **808/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **JOSE ANTONIO LAGARES MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMA

Rollo de Sala Sumario nº 20/18

Sumario nº 3/18

Juzgado de Instrucción núm. 4 de DIRECCION000

S E N T E N C I A N º

Ilmas e Ilmo Magistradas/o

Sra. MONTSERRAT COMAS D'ARGEMIR CENDRA

Sr. JOSÉ ANTONIO LAGARES MORILLO

Sra. MARÍA VANESA RIVA ANIÉS

Barcelona, a veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTA en juicio oral y público ante la Sección Décima de esta Audiencia Provincial, la presente causa tramitada por los cauces del sumario ordinario por un presunto delito de abuso sexual con penetración a menor de trece años y por un presunto delito continuado de agresión sexual a menor de trece años, seguida contra Ernesto , con DNI n º NUM000 , nacido el NUM001 de 1958 en Chile, hijo de Federico y Ángela , interno en centro penitenciario cumpliendo condena por otra causa, representado por la Procuradora Ana María Bernaus Vidorreta y defendido por el Letrado Jaume Rigó Marsal. Ha sido parte el Ministerio Fiscal ejerciendo la acusación pública. Ha sido designado Magistrado ponente el Ilmo. Sr. José Antonio Lagares Morillo, quien expresa la decisión unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa se incoó en virtud de atestado dando lugar a las Diligencias Previas nº 218/17 tramitadas por el Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION000 , que posteriormente, mediante auto de 26 de agosto de 2018 se transformaron en el sumario nº 3/18 de ese mismo Juzgado que dictó el auto de procesamiento contra el Sr. Ernesto el 3 de septiembre de 2018 y, seguidamente, tras recibirle declaración indagatoria, dictó auto de conclusión del sumario el 26 de septiembre de 2018, recibándose las actuaciones en este Tribunal, donde se designó como Magistrado Ponente al Ilmo. Sr. José Antonio Lagares Morillo, el cual confirmó el auto de conclusión del sumario y decretó la apertura del juicio oral contra el procesado. El Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual con penetración a menos de 13 años de los artículos 183.1 y 183.3 del CP y de un delito continuado de agresión sexual a menor de 13 años de los artículos 183.2 y 74 del CP, en ambos casos en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, de los que consideró autor al acusado, concurriendo en él respecto de ambos delitos la agravante de abuso de confianza del art. 22.6 del CP, y solicitando se le imponga, por el primer delito, la pena de 12 años



de prisión e inhabilitación absoluta, así como la pena de prohibición de aproximación a menos de 1000 metros de la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Tribunal, de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro en el que se encuentre, por tiempo superior en 10 años a la pena de prisión impuesta, así como la pena de prohibición de comunicación por cualquier medio con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Tribunal por tiempo superior en 10 años a la pena de prisión impuesta, y la medida de libertad vigilada por un período de 10 años para su ejecución con posterioridad a la pena privativa de libertad; en relación al segundo de los delitos interesó que se le impusieran las mismas penas con la salvedad de que la pena de prisión sea de 10 años. Igualmente interesó su condena al pago de las costas procesales y a indemnizar al legal representante de Coral en la cantidad de 75.000 euros por daños morales. Por su parte, la defensa el procesado manifestó su disconformidad con las conclusiones del Fiscal, interesando la libre absolució del mismo con todos los pronunciamientos favorables.

SEGUNDO.- Admitidas las pruebas propuestas por la acusación y la defensa que se estimaron pertinentes, se señaló la fecha para el comienzo de las sesiones del Juicio Oral que tuvo lugar el pasado 19 de noviembre de 2019 en sesión única con la asistencia del procesado.

TERCERO.- Abierta la sesión del acto del juicio, la defensa del procesado aportó diversa documental, siendo admitida toda ella salvo la que contenía fotos de menores sin su consentimiento y un croquis del Casal, y conocidas por el procesado las peticiones de la acusación y la defensa, se practicó la prueba propuesta y admitida, consistente en el interrogatorio del acusado, diversa testifical incluida la exploración de la menor realizada como prueba preconstituida, pericial psicológica y documental por reproducida y la aportada en el acto del juicio, con el resultado que obra en el correspondiente soporte de grabación audiovisual.

CUARTO.- Por el Ministerio Fiscal, en el trámite de calificación elevó a definitivas sus conclusiones provisionales formuladas en su escrito de acusación. En el mismo trámite, la defensa del procesado concluyó solicitando su libre absolució con las consecuencias legales inherentes a tal pronunciamiento, elevando a definitivas las conclusiones formuladas en su escrito de defensa, dándose la última palabra al procesado y declarándose finalmente el juicio visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Queda probado que Ernesto, ciudadano español mayor de edad y sin antecedentes penales en ese momento, regentaba la cafetería y las actividades del Centre Cívico DIRECCION001 en la localidad del mismo nombre en el período estival del año 2012, en concreto desde finales del mes de junio hasta finales del mes de julio, y en el que tenía lugar el Casal d'Estiu, en el que aquél colaboraba, y al que acudían diversos menores para la realización de actividades culturales o de esparcimiento, entre ellos su hija Ramona y la mejor amiga de ésta, Coral, que por aquel entonces contaba con 12 años de edad, sin que haya quedado suficientemente acreditado que en dicho período de tiempo el procesado llevase a esta última en coche hasta un descampado ubicado en la parte posterior del establecimiento Decathlon situado en la RAMBLA000 de la localidad de DIRECCION002 y le hiciese objeto de tocamientos por debajo de la ropa en los pechos y la zona genital o le introdujese los dedos en la vagina, así como que llegase a masturbarlo, como tampoco que en días indistintos de dicho período, tanto en el almacén del Casal como en la Sala Sol en que se hacían obras de teatro y otras actividades, la desnudase y la sometiese a tocamientos sobre sus pechos y vagina y le efectuase fotografías desnuda conminándole a hacerlas públicas si no accedía a ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos relatados por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación son calificados por éste como constitutivos, por un lado, de un delito de abuso sexual de un menor de trece años con penetración del art. 183 en sus apartados 1 y 3 del Código Penal, y, por otro, de un delito continuado de agresión sexual a un menor de trece años de los artículos 183.2 t 74 del CP. El injusto descrito en los artículos 183.1 y 3 CP sanciona, entre otras conductas, el ataque a la indemnidad sexual mediante la introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal sobre menor de trece años, sin emplear violencia o intimidación. En la parte objetiva precisa la acción sexual- como fin-. Una acción es sexual cuando el sujeto activo introduce a la víctima en un contexto inequívocamente sexual. Y, es evidente la significación sexual de la introducción de unos dedos en la vagina de la menor. La parte subjetiva exige que el sujeto activo tenga la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos de la acción sexual correspondiente. El dolo, por lo tanto, se satisface con el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se realiza y la voluntad de llevar a cabo el mismo (por todas, SSTS 411/2014, de 26 de mayo y 897/2015, de 15 de diciembre). Generalmente, sin integrar por ello la parte subjetiva del tipo penal (así STS 735/2015, de 26 de noviembre), ésta vendrá acompañada por el propósito de involucrar a otra persona en un contexto sexual no voluntario (elemento subjetivo del



injusto de tendencia interna intensificada). El prevalimiento a que se refiere el apartado d) del artículo 183.4 CP parte del aprovechamiento por parte del autor del delito en su ejecución de una relación de superioridad. Exige, por lo tanto, una cierta preeminencia del autor sobre la víctima y que esta ventaja haya sido utilizada o aprovechada por el autor para realizar el acto sexual (por todas, SSTs 150/2015, de 18 de marzo y 274/2015, de 30 de abril). Esta modalidad agravada, además, también es aplicable a las agresiones sexuales violentas, pues como tal está prevista en el Código. A estos efectos, conviene precisar que la utilización de una situación de superioridad es un elemento no abarcado por la violencia e intimidación que incrementa la indefensión del menor y, consiguientemente, añade desvalor al hecho (así SSTs 540/2015, de 24 de septiembre y 561/2015, de 30 de septiembre). El primer elemento -el de prevalimiento de una relación de superioridad- permite el contacto del agresor con la víctima en un espacio de máxima confianza; el segundo -la violencia e intimidación- es el medio empleado para involucrar a la víctima en un contexto sexual no voluntario- (así, STS 769/2015, de 15 de diciembre). Curiosamente, el Ministerio Público no atiende en su calificación de los hechos a ese prevalimiento pero sí considera aplicable la agravante de abuso de confianza.

Por lo que se refiere al tipo penal del art. 183.2 del CP, hemos de partir de la doctrina jurisprudencial consolidada que viene manteniendo que el bien jurídico protegido en el mismo no es tanto la libertad sexual en la medida en que el menor no tiene suficiente capacidad como para determinarse en el ámbito sexual, como su indemnidad sexual, de modo que quedará violentada cuando mediante la fuerza física o la violencia psíquica se invade esa inalienable y privativa facultad de la persona de consentir o rechazar un contacto sexual cualquiera que sea la naturaleza de éste, de modo que quedará consumado el tipo cuando, con desprecio a ese personalísimo bien se ataca la sexualidad del menor, imponiéndole por las vías de hecho o por coerción psíquica actos o comportamientos de aquella naturaleza, siendo que la fuerza física o la intimidación psíquica se presenta como requisito esencial, ya que el delito de agresión sexual requiere que se realice una conducta violenta o intimidatoria que conlleva la exigencia típica del atentado a la libertad o indemnidad sexual constitutiva de agresión y que representa el elemento diferenciador con respecto al abuso sexual. El elemento subjetivo de la acción viene determinado por la finalidad de involucrar a una persona en un contexto sexual en contra de su voluntad, con independencia de cuál sea el ánimo, la tendencia, o la finalidad específica perseguidas por el autor, de cuáles sean las motivaciones específicas de éste. De ahí que sólo se exija un dolo genérico, resultando antijurídica la conducta por la mera concurrencia de los elementos objetivos requeridos en el tipo legal.

La intimidación empleada en los delitos de agresión sexual a un menor de edad no ha de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal. La intimidación en los delitos sexuales a menores conlleva que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. Pero nótese que ello es especialmente particular en el caso de los menores de edad en el seno de una actitud intimidante desde el punto de vista psicológico. No se trata solo de que el autor del delito les obligue a realizar una conducta, porque el concepto de "obligación" no es por sí solo intimidante, ya que se requiere algo más, y en este caso va acompañado de una amenaza que los menores ven como serie, que es cuando provoca la intimidación, porque el carácter intimidante no debe ser visto ad extra, sino ad intra, es decir, desde el grado de intimidación que la conducta del autor del delito provoca en el sujeto pasivo del delito, y entenderse, también, como suficiente para conseguir y provocar un miedo o temor a la víctima de que algo malo pueda ocurrirles ante la negativa.

El Derecho Penal trata de asegurar que las personas ejerzan su actividad sexual en libertad, por ello, adquieren relevancia típica los comportamientos que involucran a una persona en un contexto sexual no voluntario, en la medida que menoscaban la libertad sexual -identificada con la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual- o la indemnidad sexual -ceñida a la tutela de la potencialidad de desarrollo de una actividad sexual en libertad-. Resulta necesario recordar que los delitos contra la libertad sexual, máxime cuando afecten a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y a la reforzada tutela que dichas personas merecen como víctimas de los mismos. Pero siendo todo ello cierto, en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso. Por ello, siendo la Constitución norma jurídica suprema de aplicación directa e inmediata (máxime en materia de derechos y garantías fundamentales), obliga a los distintos órganos de la jurisdicción ordinaria a reinterpretar, conforme al principio de constitucionalidad de las normas jurídicas, los preceptos que afecten o puedan afectar a la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia, de modo que



aquellos preceptos resulten compatibles con aquella Super Ley, por tanto, atendiendo al derecho constitucional a la presunción de inocencia presente en el art. 24.2 CE, se impone reinterpretar el "dogma" de la libre valoración de la prueba con las pautas ofrecidas por el Tribunal Constitucional, singularmente en la ya histórica sentencia de 27.8.81, que tiene su complemento en la de 26.7.82, lo que en definitiva, impone un modelo constitucional de valoración de la prueba e implica que para que se dé un fallo condenatorio es preciso deslindar como fases perfectamente diferenciadas dentro del proceso de análisis de las diligencias, las dos siguientes:

1.ª) Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:

a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas; y

b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo.

2.ª) Una segunda fase de carácter predominante subjetivo, para la que habría que reservar "strictu sensu" la denominación usual de "valoración del resultado o contenido integral de la prueba", ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.

En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio "in dubio pro reo". Así, la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone (ver STC 31 mayo 1985) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien la mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo, y, por su parte, el principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir, de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal a quien compete su valoración en conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECrim). La importancia de esta distinción es fundamental en la práctica dado que al juzgador de instancia compete realizar en toda su extensión el íntegro proceso de análisis de las diligencias probatorias practicadas, comprensivo, por tanto, de las dos fases indicadas. De igual manera se estima obvio afirmar que compete al Tribunal de la apelación, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, concretar si en las resoluciones judiciales impugnadas se ha realizado escrupulosamente el análisis o examen que aquella primera fase "objetiva" impone, y en caso negativo es de su propia incumbencia el corregir los posibles errores judiciales que se hayan cometido, con las diversas consecuencias jurídicas inherentes en una y otra forma de control. Ello es aplicación ineludible del derecho constitucional a la presunción de inocencia, como asimismo el escrupuloso respeto por parte del Juzgador de instancia de tal principio debe llevar a éste, cuando de tal examen resultare la inexistencia de "pruebas de cargo" obtenidas con las garantías procesales, a la libre absolucón del acusado. No hacerlo así sería un "error judicial" revisable por las vías indicadas.

Sin embargo, respecto de la segunda fase, la calificada como predominantemente subjetiva, es en la que el Juez de instancia valora el resultado de la prueba, ponderando en conciencia los distintos elementos probatorios presentes en las actuaciones y formando ya en base a tales datos objetivos libremente su convicción, con la importante precisión de que también en esta segunda fase sigue operando, respecto del juzgador de instancia, el derecho constitucional analizado, pero ahora ya con la clásica formulación de "in dubio pro reo". En este sentido habrá que señalar que dicho principio es una condición o exigencia subjetiva del consentimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso (STC. 44/89) de forma que si no es plena la convicción judicial se impone el fallo absolutorio.

Por tanto, debe distinguirse el principio "in dubio pro reo" de la presunción de inocencia. Ésta supone el derecho constitucional imperativo de carácter público que ampara al acusado cuando no existe actividad probatoria en su contra y aquél es un criterio interpretativo, tanto de la norma como de la resultancia procesal a aplicar en la función valorativa, o lo que es lo mismo, si a pesar de toda la actividad probatoria, no le es dable al Tribunal subsumir los hechos acaecidos en el precepto, no queda convencido de la concurrencia de los presupuestos negativos y positivos del juicio de imputación, el proceso penal debe concluirse, por razones de seguridad jurídica, con una declaración negativa de culpabilidad, al ser menos gravoso a las estructuras sociales de un país la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente (STS. 20.3.91). Es decir, que la significación del principio "in dubio pro reo" en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación impuesta al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal (STS. 15.5.93 y 30.10.95), por lo que resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las



facultades otorgadas por el art. 741 LECrim, llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de una bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones incriminatorias llevadas a la resolución. Como precisa la STS. 27.4.98, el principio "in dubio pro reo" no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido incriminatorio, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez, esto es, en las condiciones de un proceso justo.

En definitiva, a pesar de la última relación que guardan el derecho de presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio in dubio pro reo sólo entra en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia. Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (SSTS. 1.3.93, 5.12.2000, 20.3.2002, 18.1.2002, 25.4.2003). Por ello no puede equipararse la duda externamente derivada de existir dos versiones contrapuestas -como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole- a la que nazca en el ánimo del Juez cuando, oídas por él directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que sólo y exclusivamente en ese momento decisivo debe atenderse al principio pro reo, inoperante cuando el Juez ha quedado convencido de la mayor veracidad de una de las versiones, es decir, que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuente en el proceso penal, el Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad o no del denunciado.

Y en cuanto a la presunción de inocencia, la doctrina de la Sala II del TS en orden a su vulneración, precisa, STS. 16.4.2003, que se debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si estas pruebas son de contenido incriminatorio; si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral; si ha sido practicada con regularidad procesal; si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sancionador. Más allá no se extiende el control del tribunal de casación cuando de vulneración de presunción de inocencia se trata. El intento de que esa Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediatez está condenado al fracaso (STS. 28.2.2003). Por ello, el derecho a la presunción de inocencia alcanza sólo a la total carencia de prueba y no a aquellos casos en los que en los autos se halle reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las sabidas garantías procesales (STS. 26.9.2003).

SEGUNDO.- Expuestas las anteriores consideraciones, la primera cuestión que se nos presenta es la relativa a qué hemos de entender por prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, debiéndose recordar que el Tribunal Constitucional en sentencias, entre otras muchas, 201/89, 217/89 y 283/93, ha declarado que la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba efectuados en el juicio oral, contradictoriamente, y que la prueba haya sido obtenida y practicada en la forma que regula la ley procesal criminal, que la convicción judicial se obtenga con absoluto respeto a la inmediatez procesal y que esta actividad y convencimiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia. De otro lado, se ha de resaltar, y en este punto se debe coincidir en que el convencimiento del Juzgador puede perfectamente lograrse por la declaración de un solo testigo, aun cuando éste sea la propia víctima (ss. T.S. 19- 1, 27-5 y 6-10-88, 4-5-90, 9-9-92, 13-12-92, 24-2-94, 11-10-95, 29-4- 97, 7-10-98; TC. 28-2-94).

En efecto 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 y 313/2002) como del Tribunal Constitucional (ss. 201/89, 173/90, 229/91). Como declara la Sentencia de la Sala II del TS de 21 de septiembre de 2000, nº 1413/2000, esta Sala viene diciendo de manera constante y reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia (Sentencias de 5 de marzo, 25 de abril, 5 y 11 de mayo de 1994, entre otras muchas). Declaración cuya valoración corresponde al Tribunal juzgador que la presencié dentro de ciertas cautelas garantizadoras de su veracidad que son las que después se expondrán. Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador. Así el Tribunal Supremo parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuido a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración



quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba. Así la sentencia del Tribunal Supremo 30-1-99 destaca que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por sí solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (ss. 28-1 y 15-12-95), bien entendido que cuando es la única prueba de cargo exige -como ha dicho la STS. 29-4-97- una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa, precisando la STS. 29-4-99 que no basta la mera afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, ya que esa afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y ésta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

Precisamente este defectuoso entendimiento de la doctrina constitucional es lo que ha forzado al Tribunal Supremo, cumpliendo su función nomofiláctica que no puede excluir de su campo de influencia una parcela tan primordial en el enjuiciamiento penal como es el de la valoración probatoria, a señalar en una reiterada jurisprudencia, cuáles son los tres parámetros mínimos de contraste a los efectos de la valoración racional de la declaración del o de la denunciante como prueba de cargo (ss. TS. 28-9-88, 5-6-92, 8-11-94, 11-10-95, 15-4-96, 30-9-98, 22-4-99, 26-4-2000, 18-7-2002). También ha declarado el Tribunal Supremo, en muchas ocasiones -por ejemplo 29-12-97- que la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado aún si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador. Bastaría con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo en aquellos casos en que la declaración del acusador no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose al grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan precisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario.

En consecuencia dicha Sala II del TS ha señalado reiteradamente que aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas:

1ª) Ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes:

a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (no es lo mismo un mayor de edad que un menor, o un niño) 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 inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de mayo de 1994).

2ª) Verosimilitud del testimonio, 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.

3ª) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone:

a) Persistencia o ausencia de modificaciones 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).

b) 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.

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

Debe recordarse en todo caso que no se trata de condiciones objetivas de validez de la prueba sino de criterios o 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 esos factores de razonabilidad valorativos representan. Conviene precisar aquí, como se deduce de lo expuesto, que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que esta Sala pudiera dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa, dice la STS. 19.3.2003, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor u 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 aquéllas, que aun teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva. La sentencia del TS 715/2003 de 16.5 mantiene la doctrina de que, aunque es cierto que la apreciación probatoria de los medios de acreditación que se ofrecen y practican ante el Tribunal sentenciador corresponde de forma exclusiva al mismo, sin que dicho órgano jurisdiccional pueda declinar la responsabilidad que esta materia le encomienda el art. 741 LECrim, desarrollo penal del art. 117 CE, no es menos cierto que cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con desarrollo aún inmaduro de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación, que pueden incidir en su forma de narrar aquello que han presenciado, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, la prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos) rindiendo su informe ante el Tribunal sentenciador, en contradicción procesal, aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de fiabilidad de la declaración del menor o incapaz, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio referido, víctima de un delito de naturaleza sexual. Pero no basta solamente con tal informe pericial, sino que el propio Tribunal debe valorar la propia exploración o, en su caso, declaración testifical de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado de verosimilitud de su narración, informado pericialmente, no será sino un componente más de los que habrá de tener en cuenta la Sala sentenciadora para llegar a una u otra conclusión convictiva. Finalmente, tras esa operación, por tratarse ordinariamente de un testimonio único, tendrá que tener en cuenta el Tribunal de instancia si existen datos que corroboren complementariamente su afirmación, con objeto de dotarla de certeza material, base de la convicción judicial razonada.



Este tribunal contó en este caso con prueba de cargo o de signo incriminatorio cuya suficiencia para poder entender desvirtuada la presunción de inocencia del acusado ha de ser analizada. Dicha prueba está constituida fundamentalmente por la declaración testifical prestada por la víctima con el carácter de prueba preconstituida que se reprodujo videográficamente en el juicio oral público y contradictorio celebrado, complementada por la pericial psicológica que ofrece datos valorables para la correcta ponderación de la declaración de la menor; y secundariamente por la declaración de uno de sus progenitores, sin relevancia demostrativa propia en cuanto mero testimonio de referencia de lo narrado por aquélla. Por consiguiente, la declaración testifical de la víctima se erige así en el instrumento probatorio central y básico de la petición de condena de la acusación pública. En este punto la jurisprudencia (SSTS. 339/2007 de 30.4, 950/2009 de 15.10), ha distinguido respecto a la órbita civil, la atendibilidad de la prueba de menores de edad, incluso cuanto tienen una edad inferior a los 14 años (art. 1246.3 CC), fijándose en el hecho de la "capacidad natural", ya que capaces naturales para testificar pueden serlo bastantes menores de 14 años y no serlo algunos mayores de edad. Por esto, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han estimado prueba de cargo el testimonio prestado por un impúber (SSTS. 1.6 y 18.9.90, en la que se dio credibilidad de un delito sexual a un menor de 9 años de edad sobre la base de constituir una edad suficiente de conocimiento de la realidad y representar un grado de sinceridad quizá superior a los adultos). Doctrina que es de igual aplicación en los casos de menores-víctimas (SSTS. 5.4.94 y 27.4.94). En otras sentencias se indica que el niño, objeto de una agresión sexual, no da cuenta e informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmiten linealmente hechos, lo cual, ponderándolo debidamente, proporciona datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos de que se trate (SSTS. 6.4.91 y 4.2.93), y pueden ser base para la fijación histórica de lo ocurrido (SSTS. 31.10.92 y 23.3.97), siendo facultad del Tribunal de instancia, en base a la inmediación, la valoración de aquel testimonio, insistiéndose en la STS. 19.4.97, en la importancia de que existen datos periféricos que corroboren la declaración de las víctimas -menores de edad-, especialmente en los delitos sexuales, como pueden ser los informes psicológicos, el del forense sobre secuelas psíquicas y las declaraciones de familiares, que se consideran complementarios del testimonio de aquéllas, la prueba básica y nuclear en esta clase de delitos.

Como se ha dicho, la principal prueba de cargo está representada por **la declaración de la menor Coral** realizada ante expertos psicólogos y en condiciones de contradicción por cuanto la defensa del acusado pudo, a través de ellos, formular las preguntas o pedir de aquélla las aclaraciones que estimó convenientes a los intereses de su cliente, prueba que se llevó a cabo como preconstituida con la finalidad de evitar una mayor victimización de la menor y que se reprodujo en el acto del plenario con el visionado de la grabación de la entrevista-interrogatorio realizado a la misma sobre los hechos objeto de enjuiciamiento. A este respecto, la STS 925/2012, de 8 de noviembre, señala que "ese tipo de preconstitución facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción. De esa forma además se logra una más eficaz tutela de la víctima menor en consonancia con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.....con la reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre; o con la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmada por España el 12 de marzo de 2009 (arts. 30 o 35, que alientan una serie de medidas como la necesidad de que las declaraciones de niños y niñas, se desarrollen en lugares adecuados y sean conducidas por expertos especialmente capacitados para ello y que su número sea limitado y el estrictamente necesario, así como que se adopten medidas para que dichas entrevistas sean grabadas y que dichas grabaciones puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral)".

En dicha entrevista, la menor, que contaba ya entonces con 17 años de edad y podía tener un mayor conocimiento o comprensión del alcance de los hechos denunciados, efectuó un relato lógico, coherente y muy detallado de los ataques a su indemnidad sexual, que comenzó apuntando a que ya en casa del procesado, cuando acudía a jugar con su hija allí, se sentía observada e incluso le costaba conciliar el sueño por ello, lo que parece indicativo de que se quedaba a dormir en casa del procesado. Describió un primer episodio, comprendido en el período que delimitó temporalmente (finales del curso escolar 2011-2012 que en Cataluña se produce con ocasión de la festividad de Sant Joan, el 23 de junio, y hasta finales del mes de julio), según el cual, ella se encontraba en la biblioteca del Centre Cívic, acompañada por alguien que no recuerda, y el acusado acudió allí y le preguntó si quería acompañarle para comprar algunas cosas que necesitaban en el Casal (cartulinas o algo así), a lo que ella accedió, se montaron en su coche pero se desvió de la ruta que tenía que tomar y la llevó a un descampado ubicado en la parte posterior del Decathlon de DIRECCION002 , y una vez paró el vehículo le dio un beso en la boca, para a continuación quitarle la camiseta, el pantalón y las bragas, le tocó los pechos y la vagina y le introdujo los dedos en ella para luego llevárselos a la boca en plan sexy, y a continuación le hizo tocarle el pene y masturbarle, acabando por llevarla a casa. Asimismo dijo haber sido objeto de tocamientos en pechos y vagina por parte del acusado, esta vez por encima de la



ropa, en varias ocasiones en que le acompañó al almacén, espacio cerrado con puerta y que se podía abrir y cerrar con llave tal y como reconoció el propio procesado en el juicio. Y, finalmente, relató un episodio de abuso sexual en la sala contigua al bar donde se hacían obras de teatro y en una de las cuales Coral quería ser la protagonista, y para conseguirlo el acusado le dijo que tenía que posar desnuda para que él le hiciese unas fotos, de modo que se tumbó en el suelo y la desnudó, le dijo que se abriese de piernas y comenzó a hacerle fotos, manifestándole que las fotos las quería para él, y que las tenía guardadas en un pendrive de color blanco en un rincón del garaje, a pesar de insinuarle que las haría públicas de no acceder a lo que le pedía, y que ella entendió que era algo de contenido sexual como lo que venía haciéndole. Coral completó su relato manifestando que el procesado le hizo partícipe de que venía haciendo lo mismo con su sobrina, que a diferencia de ella sí se dejaba hacer cosas, lo que luego entendió que le decía para dominarla o para que no se resistiera. Ciertamente, a quienes componen el Tribunal dicho relato nos ha parecido creíble, estructurado y coherente por la cantidad de detalles ofrecidos respecto de cada uno de los ataques a la indemnidad sexual de la menor descritos, y ello pese al tiempo transcurrido, casi cinco años. Sin embargo, dicha exposición ha de ser analizada espacio temporalmente y coherente con otros datos facilitados por el resto de testigos que depusieron en el acto del plenario en orden a atribuir al testimonio de la denunciante los requisitos exigidos por la jurisprudencia, y que se han examinado anteriormente, para poder considerarla por sí sola prueba de cargo suficiente para entender desvirtuada la presunción de inocencia que asiste al acusado.

Dicha prueba personal viene complementada por **el informe pericial psicológico de la menor** obrante a los folios 133 y siguientes de la causa, del que se infiere que aquélla mantiene preservadas sus capacidades cognitivas e intelectivas y no presenta ninguna psicopatología, lo que lleva a considerarlo como un testigo competente. No obstante, los peritos aprecian una discordancia entre el contenido de su discurso y la respuesta emocional fruto de un proceso de disociación emocional. También apuntan a que debido al tiempo transcurrido, casi 6 años que en realidad son 5, que comporta un proceso de maduración psicosexual y grandes cambios a nivel evolutivo, puede haberse modificado el recuerdo original siendo imposible en el momento actual discernir si el recuerdo es fidedigno y qué modificaciones puede haber padecido, lo que no les ha permitido a los peritos analizar el contenido del relato desde la psicología del testimonio, es decir, su credibilidad. En consonancia con la percepción que tuvo el Tribunal, los peritos remarcan que la menor contextualiza bien los hechos denunciados en el espacio y en el tiempo y aporta gran cantidad de información sensorial y periférica, añaden que su declaración es consistente (más bien debería decirse coincidente) con la que realizó ante los Mossos d'Esquadra al tiempo de interponer la denuncia, y descartan la fabulación, la inducción y la sugestión como fuente del testimonio, así como la presencia de motivaciones secundarias para la interposición de la denuncia, afirmando que la sintomatología postraumática referida por ella (dificultades para conciliar el sueño por la presencia de pensamientos intrusivos en relación con los presuntos abusos, pesadillas relacionados con ellos, búsqueda de técnicas de evasión para desviar esos pensamientos, sentimiento de desconfianza hacia las figuras masculinas, miedo a verbalizar los abusos por temor a posibles consecuencias, dificultades en el área sexual, irritabilidad y distanciamiento emocional de su padre) es compatible con la vivencia de una situación de abuso sexual como la denunciada. No obstante todo ello, manifestaron no poder posicionarse en lo relativo a la credibilidad de su testimonio.

Es cierto que un dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical, pero puede constituir un valioso elemento complementario de la valoración, como ha declarado la Sala II con reiteración (SSTS. 12.6.2003 y 24.2.2005). Por eso 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. Ésa 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", sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas. Por otra parte, debe recordarse que los estudios psicológicos sobre la veracidad de los testimonios de las víctimas cuando son favorables a ella no implican que haya de creer el Tribunal a la testigo, ni que no haya de hacerlo cuando el dictamen apunta a la fabulación, pues a los Jueces compete medir y valorar el alcance probatorio de los testigos como parte



esencialísima de su función juzgadora. Pero es claro que ilustran científicamente acerca de determinados rasgos de la personalidad del testigo. Por lo tanto, lo relevante en esos estudios es la posible detección de la tendencia fabuladora, que es, en cuanto patología o rasgo perceptible para un experto, lo que tiene significación cuando existe y se diagnostica en la pericia. En este caso lo relevante en un proceso valorativo razonable del testimonio no es la falta de una pericial psicológica emitida directamente ante el Tribunal afirmando que el testimonio del menor es veraz, sino al contrario, lo relevante es que ningún informe, directo o de referencia, diga que ese menor padezca patológica inclinación a mentir o a fabular sucesos como el testimoniado por él.

Otro elemento que podría corroborar lo denunciado por la menor lo constituye **la declaración testifical de su padre**, sin embargo, éste no puede decirse que fuese muy profuso y detallado. Jose Ramón manifestó en el juicio que su hija era íntima amiga de Ramona, la hija del procesado, y a éste y su familia la conocía de acudir al Centre Cívic, ya que a veces los padres de los niños que acudían al Casal salían juntos. Expuso que conoció los hechos a raíz de un juego de rol en el que participaba su hija y otro de los participantes llamado Jesús Luis se lo sacó, se lo contaron a él, le preguntó a su hija y ésta se lo contó muy nerviosa. Lo cierto es que esta forma de tener conocimiento del asunto difiere radicalmente de la expuesta por Coral en su exploración, pues señaló que fue a raíz de no querer tener relaciones sexuales con su novio cuando le contó todo a éste, quien le convenció para que se lo dijese a su familia y lo denunciara, y a la primera que se lo contó fue a su hermana y ésta a su padre. El Sr. Jose Ramón indicó que notaba cosas raras en su hija, pues sus novios le duraban un par de meses, se encerraba en el ordenador, sacaba malas notas, llegó a repetir curso, aunque precisó que nunca fue una gran estudiante y coincidió con el ingreso en el Instituto, por lo que fue todo un poco. La llevó al Ayuntamiento de DIRECCION001 para ser tratada psicológicamente y donde hizo tres visitas. En relación a los hechos denunciados, manifestó que lo que su hija le contó es que el acusado la llevaba en coche, le hacía fotos y la tocaba, siendo ciertamente parco en los detalles.

Debemos recordar que el testigo es siempre una persona física ajena al proceso que proporciona el órgano jurisdiccional datos sobre acontecimientos relevantes para la investigación en su momento y para formar una convicción definitiva en el acto del juicio oral. Nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del testigo de referencia, al referirse al mismo el art. 710 LECrim, siendo la persona que no proporciona datos obtenidos por la percepción directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas. Es cierto que, en general, toda testifical deber versar, en principio, sobre los hechos que son objeto de enjuiciamiento y no sobre el resultado de un medio de investigación o de prueba testifical pero ello no obsta, para que en el supuesto de que existiera controversia sobre la validez de un determinado medio de investigación o de prueba se practique prueba -incluso testifical- para poder tener elementos de juicio para resolver la cuestión. En otro orden de cosas, cuando la controversia puede versar sobre la credibilidad o fiabilidad de ciertos testigos, evidentemente se puede practicar prueba al respecto, y su alcance será sólo tal controversia. Así, el art. 710 LECrim debería interpretarse como habilitación legal para dar relevancia al testigo de referencia, no para dilucidar el hecho que es objeto de enjuiciamiento, sino sobre la fiabilidad y credibilidad de un determinado testigo, por ejemplo, para valorar como corroboración periférica lo declarado por la víctima en caso en que la prueba de cargo se halle integrada sólo por la declaración de ésta. En definitiva las manifestaciones que realizó en su día la víctima o testigo directo de los hechos objeto de acusación debe ser necesariamente objeto de contradicción por el acusado o por su Letrado en el interrogatorio del juicio oral, y por ello no se puede inferir que el principio de inmediación permita sustituir un testigo directo por otro de referencia, sin embargo, 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 pueda 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 sí declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo que 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.

En definitiva, los conocimientos que sobre los hechos objeto de enjuiciamiento han tenido los testigos les han sido proporcionados por el menor, lo que les configura como testigos de referencia de los mismos, corroborando o desmintiendo lo expuesto por el mismo, aun cuando no puede marginarse su condición de testigos directos de la afectación física y psicológica de éste, de su comportamiento, así como del espacio físico en que supuestamente se desarrollaban los hechos, permitiendo también descartar que existan otros factores exógenos a dicha afectación referida.

Frente a todo ese acervo probatorio de signo incriminatorio se sitúa en primer lugar **la declaración del acusado**, éste ha negado en todo momento los hechos de que se le acusan. Después de precisar cuál era su horario de



trabajo en la cafetería del Centre Cívic (de 8 a 13 y de 15 a 21 horas), y de que su hijo era uno de los monitores del Casal d'Estiu y su hija una de las usuarias, declaró que no iba nunca en coche sino que utilizaba para desplazarse hasta el lugar de trabajo un ciclomotor Honda Scoop 50 cc, siendo utilizado el coche de la familia por su entonces mujer que le traía los suministros desplazándose a DIRECCION003 y DIRECCION000. Hizo una descripción de la cafetería y de la ubicación del almacén y la sala de teatro, señaló que tenía dos entradas, una la que daba al recibidor del Centre Cívic y otra a la calle y un pequeño parque, el almacén estaba separado de ella y para ir al mismo había que pasar enfrente del conserje, y la sala de teatro no estaba cerrada con llave y podía verse desde el recibidor y desde la calle lo que se hacía en su interior, aunque su propia hija matizó que tenía unas cortinas y puerta. Dijo que conocía a Coral por ser amiga de su hija e hija de un matrimonio que participaba de las actividades de la localidad, habiendo estado en su casa en alguna ocasión, incluso siguió haciéndolo después de que supuestamente sucedieran los hechos denunciados aunque no recordaba si volvió a quedarse a dormir en su casa, pero continuó la relación de amistad con su hija, hecho que confirmó el propio padre de Coral al decir que una y otra se distanciaron tras la interposición de la denuncia, no antes. El procesado insistió en que la menor no trabajaba en la cafetería tal y como ésta manifestó (haciendo y llevando cafés), entre otras cosas porque no puede contratarse a menores para actividad laboral alguna, haciendo hincapié en que dicha falsedad habría de servir para cuestionar todo su relato acusador.

La segunda de las pruebas que puede considerarse de descargo es **la testifical de la hija del procesado**, Ramona, quien afirmó ser por aquellas fechas amiga de Coral, con la que iba al Casal por las tardes y acostumbraba a ir al Centre Cívic porque su padre trabajaba allí, no notando nada raro respecto a aquélla. Manifestó que en septiembre de 2012 se apuntaron a un curso de pintura en dicho centro y Coral acudía a merendar al bar sin problemas, aunque le llegó más tarde información de que su hermanastro, el hijo de la novia de su padre, había abusado sexualmente de ella. La tercera prueba de descargo fue **la declaración ofrecida por la entonces esposa del procesado**, Tamara, según la cual solía ayudar en el trabajo de su marido en el Centre Cívic, donde solía haber mucho trasiego de gente, por lo que iba todas las tardes, y, aunque era la usuaria del Opel Zafira que tenían, en alguna ocasión le dejaba las llaves del coche a su entonces marido para hacer compras, si bien éste se demoraba poco tiempo en hacerlas. Manifestó que la biblioteca cerraba el mes de agosto y en julio sólo abría por las mañanas, y en cuanto a la sala de teatro indicó que no tenía puertas, contradiciendo así a su hija, y desde fuera se veía todo lo que se hacía en su interior. En tercer lugar, se contó también con **la declaración testifical de Zaida**, quien llevaba a sus hijos al Casal d'Estiu, ayudaba a los monitores y estaba con los niños, acudiendo con su hijo al Centre Cívic a pasar las tardes, al que continuó yendo Coral después de 2012 incluso apuntándose a un curso de pintura, de la que dijo que era muy extrovertida y le gustaba llamar la atención, habiéndole sorprendido la acusación que hizo del procesado y constándole que se rumoreaba que había sido abusada por su hermanastro. Finalmente, se contó con **la declaración de Narciso**, quien dijo haber sido monitor del Centre Cívic por aquellas fechas, ratificando que las actividades que figuran en el documento nº 9 aportado en el acto del juicio eran las actividades que se impartían en él y que concluían a las 13 horas, siendo recogidos los niños por sus padres al acabar.

A la vista de la prueba practicada, y en particular de la declaración de los testigos, que dibujan un espacio, el descrito por la denunciante como lugar en que se produjeron los ataques contra su indemnidad sexual, que dificulta sobremanera el que pudieran haberse llevado a cabo ese tipo de comportamientos en los horarios indicados y en presencia de otras personas o trabajadores o usuarios del centro, lo cierto es que se han generado dudas que pueden llevar a cuestionar que los hechos denunciados se hayan producido en la forma en que la menor los describió, lo que impide que se haya llegado al convencimiento pleno de la comisión por parte del acusado de los delitos que se le imputan. Efectivamente, como se dijo anteriormente, los estudios psicológicos sobre la veracidad de los testimonios de las víctimas cuando son favorables a ella no implican que haya de creer el Tribunal al testigo, ni que no haya de hacerlo cuando el dictamen apunta a la fabulación, pues a los Jueces compete medir y valorar el alcance probatorio de los testigos como parte esencialísima de su función juzgadora. En base a esa última consideración, y descartado por el informe referido que la menor sufriese de una fabulación patológica que invalidara su testimonio o lo convierta en nada creíble, ha de pasarse al análisis de los tres parámetros antes mencionados sobre la capacidad de dicho testimonio, por sí solo, en orden a desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

Es cierto que no se observan móviles espurios, claros y evidentes, impulsores de la denuncia formulada, pues no se ha revelado a lo largo del procedimiento la existencia de motivos de rencor, enemistad, venganza o resentimiento de la menor o su familia hacia el encartado que puedan explicar su relato inculpativo.

Por otra parte, el requisito de la persistencia en la incriminación se ve un tanto matizado en estos casos en que la menor, para evitar una mayor victimización del misma, sólo declaró de manera contradictoria y ante el juez en una sola ocasión, por lo que difícilmente puede afirmarse que ha incurrido en contradicciones en su relato con respecto al primero que hizo ya que éste no se llevó a cabo en condiciones de contradicción, de modo que su denuncia inicial no puede ser tomada como referencia para comprometer el tercero de los



requisitos analizados por la jurisprudencia. Sin embargo, no se aprecia la concurrencia de los tres aspectos que en relación a ese primer requisito se han analizado anteriormente. Así es, en primer lugar, no puede afirmarse que exista una persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse, y prueba de ello es que, en su declaración policial, después de describir la menor el primero de los episodios que presuntamente tuvieron lugar en el interior del coche del acusado estacionado en un descampado, manifestó que terminó cuando el Sr. Ernesto recibió una llamada y regresaron al centre cívic donde se realizaba el casal d'estiu, mientras que en la exploración judicial reproducida en el acto del juicio manifestó que la llevó a casa. En segundo lugar, a la policía le manifestó que el acusado la llevaba a un cuartito habilitado como almacén donde le tocaba los pechos y la vagina por encima de la ropa, cuando en su exploración judicial manifestó que lo hacía por encima de ésta. Dichas discrepancias ciertamente no pueden ser consideradas como sustanciales, y están referidas a aspectos accesorios, pudiendo tener su explicación en el tiempo transcurrido desde que acontecieron los hechos tal y como apuntan los peritos psicólogos en su informe.

No obstante, es el segundo de los criterios, el de la verosimilitud de lo denunciado, que ofrece íntimas conexiones con el tercero de ellos, el que revela mayores problemas de consistencia, y ello por la falta de corroboraciones periféricas. Efectivamente, lejos de considerar que todo el relato de la menor se aparta absolutamente de la realidad, o que falta a la verdad, por las afirmaciones efectuadas por la misma respecto a que trabajaba en la cafetería poniendo y llevando cafés, lo que simplemente ha de entenderse en sentido figurado dada la prohibición legal expresa de contratar laboralmente a menores de 12 años de edad, debiendo entenderse limitada esa actividad a un mero acto colaborativo en consideración al padre de su mejor amiga, lo que se observa es una cierta debilidad en el relato acusatorio por no poder corroborarse con otro tipo de pruebas que eleven su consistencia. Por un lado, no existen lesiones o secuelas físicas de posibles penetraciones o tocamientos en las zonas genitales o erógenas de la menor. Por otro lado, el informe de los peritos psicólogos determina la incapacidad para efectuar un estudio sobre la credibilidad del testimonio de la menor dado el tiempo transcurrido. Según lo manifestado por la menor inicialmente a la policía, se decidió a denunciar los hechos después de verbalizar a un amigo lo que le había pasado, después de que con ocasión de un trabajo del Instituto escribiera una historia en tercera persona de lo que a ella le ocurrió, lo que contrasta con lo dicho por ella en la exploración judicial de que se decidió a contarlo a raíz de una mala experiencia sexual con uno de sus novios tras la que estuvo llorando durante más de una hora, relato que se contradice con lo expuesto por su padre en el juicio de que todo salió a relucir con ocasión de un juego de rol. A lo anterior se añade que, según la menor, y después de tener la conversación con su amigo, le contó los hechos a su hermana, quien le manifestó que había que contárselo a su padre, sin que tampoco se haya podido contar con el testimonio de la hermana de Coral como elemento corroborador, asimismo, lo manifestado en su día ante la policía de que cortó su relación de amistad con Ramona tras los hechos y después de regresar de vacaciones de verano por lo mal que se sentía por lo sucedido, apareció desmentido por la hija del acusado, por este mismo y por su entonces mujer al coincidir todos ellos que Coral continuó yendo a su domicilio, como también quedó desmentido en base a las declaraciones de los testigos y a la documental aportada por la defensa del procesado, y que no fue impugnada por el Fiscal que, tras esos hechos, la menor dejara de acudir al Casal o Centre Cívic, pues continuó haciéndolo en el mes de septiembre de 2012 para el curso de pintura (tal y como refirieron Ramona y Zaida), y también lo hizo en la Semana Santa de 2013 y en los meses de marzo a mayo de 2013, tal y como rezan los resguardos de los recibos del pago de las cuotas correspondientes a dichos períodos (20 y 30 euros respectivamente) a la Associació Esplai Joves de DIRECCION001, Centre Cívil l'Espai.

Acudiendo a los hechos concretos, en relación al primero de ellos, Coral afirmó que al tiempo de ir el acusado a buscarla a la biblioteca ella estaba acompañada por otra persona sin recordar quién, lo también ha privado a la Sala de contar con el testimonio de su acompañante para refrendar su relato. Respecto de ese hecho concreto, del que la menor no recordaba exactamente en la exploración cómo terminó (a diferencia de lo que apuntó a la policía en su denuncia de que lo fue por una llamada recibida por el acusado a su teléfono móvil), Coral dijo que el procesado la llevó en coche a su casa, mientras que a la policía le dijo que la retornó al Centre Cívic. La defensa del procesado negó, apoyándose en lo que dijeron los testigos que declararon en el plenario, que dicho episodio pudiese haber tenido lugar por la tarde tal y como expuso Coral, precisamente porque la biblioteca estaba cerrada por las tardes del mes de julio y durante todo el día en el mes de agosto, sin embargo, es perfectamente plausible que ocurriese a finales del mes de junio en que todavía seguía abierta tras la sobremesa. En relación a los tocamientos que supuestamente tuvieron lugar en el almacén del Centre Cívic y en la Sala Sol que es donde se realizaban las obras de teatro, y que la menor situó por las tardes, dado que las actividades se realizaban por las mañanas de 8 a 13 horas tal y como refirieron Narciso y Zaida, resulta extraño que, habiendo dicho la menor que acudía al centro siempre en compañía de su amiga Ramona, aquella pudiera ausentarse en compañía del padre de ésta sin que nadie los viese, ni siquiera el conserje enfrente de cuya oficina necesariamente había que pasar para ir al almacén y con cuyo testimonio tampoco se contó para corroborar si se produjeron esos encuentros. Del mismo modo tampoco parecía que había ocasión



para que el acusado llevase a la menor a la Sala Sol donde supuestamente la desnudó y le efectuó fotografías (al margen de si todo ello pudiera ser visto desde afuera, pues era factible su ocultación cerrando las puertas y cubriendo las cristalerías con las cortinas que los testigos dijeron que había), pues se dijo por los testigos que había bastante trasiego de personas por las tardes en el Centre Cívic (así lo dijo la ex esposa del procesado) además de un conserje que vigilaba la recepción por la que había que pasar para acudir a la sala, y, en todo caso, la presencia de Ramona que acudía regularmente por las tardes a la cafetería de su padre no sólo porque él trabajase allí, estando ayudado todas las tardes por su madre (según dijo ésta) sino porque también iba en compañía de Coral, no entendiéndose que ésta pudiera quedarse a solas con el acusado justo a la hora de cierre del Centre Cívic cuando no quedaba nadie más por allí, es decir, a las 21 horas.

Como se ve, son muchas las ambigüedades, generalidades e incluso contradicciones que no obtienen respuesta adecuada y generan dudas sobre el acaecimiento real de los hechos denunciados y la culpabilidad del acusado al no hallar refrendo en otro tipo de pruebas distintas de la declaración de la denunciante, por lo que, en virtud de lo explicitado a lo largo del fundamento de derecho primero de la sentencia, se impone la aplicación del principio in dubio pro reo y, en consecuencia, procede absolver al acusado de los delitos que se le imputan, lo que ha de llevar consigo el levantamiento de las medidas cautelares que pudieran haberse adoptado contra el mismo por estos hechos.

SEGUNDO.- De acuerdo con lo establecido en los arts. 123 del CP y 240 de la LECrim, no habiendo recaído condena para el acusado como responsable criminalmente del hecho que se le imputaba, procede declarar de oficio las costas procesales.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos **ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a Ernesto como autor responsable criminalmente de un delito de abuso sexual con penetración a menor de trece años y de un delito continuado de agresión sexual a menor de trece años, previamente definidos, declarando de oficio las costas procesales.

Notifíquese la presente sentencia a todas las partes comparecidas, con expresión de que contra la misma cabe interponer ante esta Sala recurso de apelación, en el plazo de los diez días siguientes a su notificación, y para su resolución por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Notifíquese igualmente la presente resolución a los perjudicados o víctimas que no han sido parte en el procedimiento.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente ha sido publicada la anterior sentencia el día de la fecha. DOY FE.