



Roj: **SAP BI 3460/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:3460**

Id Cendoj: **48020370062019100485**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **6**

Fecha: **14/11/2019**

Nº de Recurso: **67/2017**

Nº de Resolución: **67/2019**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **ANGEL GIL HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 3460/2019,**  
**STSJ PV 22/2020**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN SEXTA**

**BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - SEIGARREN ATALA**

BARROETA ALDAMAR, 10-4ª planta - CP/PK: 48001

TEL. : 94-4016667 FAX : 94-4016995

NIG P.V. / IZO EAE: 48.03.1-17/000106

NIG CGPJ / IZO BJKN :48046.43.2-2017/0000106

**Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 67/2017 - B**

Atestado n.º / Atestatu-zk. : NUM000

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea* : VIOLENCIA DE GENERO /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION000 - UPAD / DIRECCION000 Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 3 zk.ko Epaitegia - ZULUP Sumario / Sumarioa 27/2017

Contra / *Noren aurka* : Nicolas

Procurador/a / *Prokuradorea* : VERONICA BLANCO CUENDE

Abogado/a / *Abokatua* : FRANCISCO JAVIER ITUARTE LOPEZ

Custodia en calidad de ACUSADOR PARTICULAR

Abogado/a / *Abokatua*: JAVIER URRUTIA URIZAR

Procurador/a / *Prokuradorea*: ITZIAR BARANDIARAN SANTAMARIA

**SENTENCIA N.º 67/19**

ILMOS./ILMA. SRES./SRA.

D. ANGEL GIL HERNANDEZ

D.JOSE IGNACIO AREVALO LASSA

D.ª ALBERTO DE FRANCISCO LOPEZ

En BILBAO (BIZKAIA), a catorce de noviembre de dos mil diecinueve.



Visto en juicio oral y público ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, el presente Rollo Penal procedente del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION000, por un delito de violencia de género contra Nicolas, con D.N.I. num: NUM001 representado por la Procuradora Sra. Veronica Blanco Cuende y bajo la dirección Letrada de D. Francisco Javier Ituarte Lopez, siendo partes acusadoras el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular Dª Custodia, representada por la Procuradora Dª Itziar Barandiaran Berreteaga, y bajo la dirección letrada de D. Javier Urrutia Urizar, siendo Ponente el Ilmo Sr. Magistrado: DON ANGEL GIL HERNANDEZ

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales calificó los hechos de autos como constitutivos de un **UN DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL**, previsto y penado en el artículo 179 del Código Penal, en relación con los artículos 57,2º y 48,2º del Código Penal, **UN DELITO LEVE CONTINUADO DE INJURIAS** previsto y penado en el artículo 173-4º y 74 del Código Penal, en relación con el artículo 48-2º y 57-2º del Código Penal y de un **DELITO DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL** previsto y penado en el artículo 186 del Código Penal. De los anteriores delitos responde el procesado **Nicolas** en concepto de AUTOR, según disponen los Art 27 y 28 del Código Penal. Concurren como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de agravante de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal respecto de todos los delitos. Solicitando imponer al procesado **Nicolas POR EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL**, la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, accesoria de prohibición de acercarse a Custodia a una distancia no inferior de 500 metros, a su domicilio o lugar de residencia y lugar del trabajo y a comunicarse con ella por cualquier medio por el tiempo de 20 años. **POR EL DELITO LEVE DE INJURIAS**, la pena de 20 días de localización permanente en domicilio distinto y alejado del de la víctima y accesoria de prohibición de acercarse a Custodia a una distancia no inferior de 500 metros, a su domicilio o lugar de residencia o lugar de trabajo y a comunicarse con ella por cualquier medio por el tiempo de seis meses y **POR EL DELITO DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL** la pena de DIEZ MESES DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, accesoria de prohibición de acercarse a Juan Manuel a una distancia no inferior de 500 metros, a su domicilio o lugar de residencia y lugar de residencia y lugar de estudios y a comunicarse con él por cualquier medio por el tiempo de 2 años.

Así mismo en aplicación de lo dispuesto en los artículos 192 y 106-1j del Código Penal, la medida de libertad vigilada con la obligación de participar en programas de educación sexual por plazo de 5 años, a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad. Y abono de las costas.

El procesado indemnizará a Custodia en 180 euros por lesiones físicas y 5.000 euros por daño moral, con abono del interés legal, artículo 576 LEC.

**SEGUNDO.-** La Acusación Particular en sus conclusiones provisionales calificó los hechos como constitutivos de un delito de Agresión Sexual, previsto y penado en el artículo 179 del Código Penal, en relación con los artículos 40, 57-2, 48-2 y 47 del mismo texto legal, otro delito de exhibición obscena ante menores del artículo 185 y de Exhibición de material pronográfico a menores del 186 C.P. en relación con el artículo 57-2 y 48-2 del C.P. y el 56-1-3º del mismo texto penal; otro de injurias del 173-4 del C.P. en relación con el artículo 74 y 57-2 y 48-2 y 47 del C.P. De los anteriores delitos es responsable en concepto de autor. Concurren como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal la agravante de parentesco del artículo 23 del C.P. en todos los delitos, al ser cónyuge de Doña Custodia cuando cometió los hechos por los que se le acusa. Procede imponer al acusado por el primer delito de Agresión Sexual cometido contra Custodia la pena de prisión de 10 años y 8 meses, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse a Custodia a menos de 500 metros de su casa o lugar de trabajo o donde pudiera hallarse y comunicarse con ella por cualquier medio por 20 años, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por igual periodo de tiempo; por el segundo del Menoscabo Psíquico la pena de 7 meses de prisión y prohibición de acercarse a la misma distancia y comunicarse con ella por igual periodo de tiempo; así como por el tercero y cuarto de Exhibición sexual pena de 8 meses de prisión por cada delito, y prohibición de acercarse al menor y comunicarse con él por dos años, junto con suspensión del ejercicio de la patria potestad del hijo por tiempo de 4 años; y por las Injurias pena de 20 días de trabajos en beneficio de la comunidad, así como prohibición de acercarse a Custodia o lugar de trabajo a menos de 500 metros y a comunicarse por cualquier medio con ella por tiempo de 2 años, y finalmente por las Amenazas pena de 8 meses de prisión, prohibición de acercarse a menos de 500 metros y comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 18 meses, y privación del derecho a tener y portar armas de 2 años; junto con el abono de las costas procesales ocasionadas.

Asimismo se solicita que para después del cumplimiento de las penas impuestas, se le imponga la pena de Libertad vigilada del artículo 192 y 106-1j) por tiempo de 6 años. Esta acusación particular considera civil



responsable al acusado, debiendo ser condenado a que indemnice a Custodia en la suma de 12.580 euros por los 6 días fijados como periodo de curación por el médico forense, y las secuelas psicológicas y daños morales que sufre, con los intereses legales correspondientes.

**TERCERO.**- Por la defensa del procesado, se muestra disconforme con los hechos narrados por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, solicitando la libre absolución del mismo.

En el acto de juicio oral se elevan sus conclusiones a definitivas

## HECHOS PROBADOS

**UNICO.**- No ha quedado acreditado que el procesado Nicolas nacido el NUM002 de 1971, de 44 años de edad, con DNI nº NUM001, sin antecedentes penales, a la fecha de los hechos se encontraba casado con Custodia, teniendo un hijo en común, Juan Manuel, nacido el NUM003 .2002, residiendo todos ellos en el domicilio sito en CALLE000 NUM004 - NUM005 de DIRECCION001, sobre las 11 horas del día 18 de Diciembre de 2016, cuando se encontraban acostados el procesado y su esposa, aquél, con ánimo de atentar contra su libertad sexual, le comenzara a acariciar y besar, introduciéndole un dedo por el ano. Ni que al recriminarle Custodia tal hecho y manifestarle a sus preguntas que no estaba disfrutando, el procesado cesara en su comportamiento, para, a pesar de la oposición de Custodia, reanudarlo instantes después, comenzando a besarla, metiéndole los dedos en la vagina, y sujetándola bajarle el pantalón del pijama penetrándola vaginalmente sin llegar a eyacular. Tampoco se ha podido probar que, a consecuencia de estos hechos Custodia sufrió una lesión anal tipo fisura, la cual precisó para su sanidad una primera asistencia, tardando seis días en curar sin incapacidad y sin restar secuelas, al acudir al médico forense a los 50 días del hecho denunciado.

No se ha probado que sobre las 8,30 horas del día 21 de Enero de 2017, el procesado con ánimo de menosprecio le manifestó "puta, arpía, zorra", al negarse ella a realizar una portabilidad en su línea telefónica, expresiones de menosprecio que también le manifestó en fechas precedentes al negarse Custodia a realizar las prácticas sexuales que él le proponía, tales como tríos,... manifestándole "eres una frígida, una rara, no vales ni para follar".

Custodia ha presentado un malestar clínico significativo, con síntomas de tristeza y ansiedad, derivado del proceso de separación.

No se ha probado que el procesado, en fechas no determinadas del mes de Octubre de 2015 y con ánimo de atentar contra su libertad sexual, colgó en el teléfono móvil de su hijo menor de edad fotografías de mujeres desnudas y en ropa interior, siendo vistas por el menor, diciéndole que la vida es sexo, drogas y rock and roll y que tenía que mantener relaciones sexuales.

En fecha 23 de Enero de 2017 se dictó por el Juzgado de Instrucción nº3 de DIRECCION000 auto por el cual se concedía, durante la tramitación de la causa, orden de protección a favor de Custodia y en el cual se imponían como medidas penales a Nicolas durante la tramitación de la causa la prohibición de acercarse a Custodia, a su domicilio, sea cual sea el lugar en que resida o se traslade a vivir, en su lugar de trabajo y a cualquier lugar que frecuente a una distancia inferior a 300 metros, así como la prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio.

El procesado se encontraba diagnosticado a la fecha de los hechos de un problema leve de control de impulsos que limitaba de modo leve su capacidad volitiva para los hechos denunciados, y la denunciante posee antecedentes psiquiátricos desde el año 2003 por problemática con pareja y familiar, hasta el 2005 en que se agudiza por problemática con la vecina de abajo, y en el 2014 por problemas relacionados con el ambiente social, de modo que en febrero de 2017 acude a consulta por ansiedad secundaria a la separación de su pareja y refiere malos tratos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Los hechos declarados probados no son legalmente constitutivos de delito alguno.

**SEGUNDO.**- Habiéndose invocado por el acusado el principio de presunción de inocencia, negando los hechos correlativos de la acusación, hemos de matizar con carácter previo que la jurisprudencia constitucional (por todas, STC de 22 Oct 2001), en relacion con la prueba válida para enervar la presunción de inocencia ha declarado que.

A) En principio, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que se desarrolla, en forma oral, ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia (entre muchas, SsTC 31/1981, 217/1989,)



Con carácter excepcional ha admitido el Tribunal Constitucional la validez de la prueba preconstituida, siempre que se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral ex artículo 730 LECrim.); subjetivos (la necesaria intervención del Juez Instrucción); objetivos (la posibilidad de contradicción, para lo cual se debe proveer de Abogado al imputado); y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el citado artículo 730 (por todas, SsTC 303/1993).

B) En segundo lugar, si bien en principio la prueba testifical debe practicarse en el juicio oral, pues de sus propias características no deriva ni su carácter irreplicable ni una imposibilidad genérica de ser practicada en el mismo, no obstante, excepcionalmente, puede ser incorporada al proceso como prueba anticipada si, dadas las circunstancias del caso, existe una imposibilidad del testigo de acudir al juicio oral por fallecimiento ( STC 41/1991, de 25 Feb).

C) Y por último, con relación al testimonio de referencia, la doctrina jurisprudencial parte de su admisión como uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración en orden a fundar la condena, aún cuando se niegue que por sí sola, y en todo caso, pueda erigirse en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (ScTC 217/1989; 79/1994; 35/1995; 131/1997; 7/1999; 97/1999; etc). En nuestro caso, el testimonio de quien ha oído lo que la víctima le narra incorpora un elemento probatorio, no un mero indicio, suficiente para considerar acreditada la autoría y circunstancias del hecho. Porque la doctrina jurisprudencial (ver SsTS. de 13 May. 1996, 16 May. 1998 y 18 Jun. 1999) enseña que los testigos de referencia constituyen en principio actos de prueba válidos, pues la Ley no excluye su eficacia: pero para ello es preciso, entre otras circunstancias, que expresamente se haga constar el origen de la noticia en virtud de la cual se comparece en el proceso como tal testigo; ello sin perjuicio de reconocer la propia jurisprudencia la desconfianza con que esa prueba se recibe por parte de los Jueces, por lo que se recomienda oír prioritariamente a quienes hayan presenciado los hechos acaecidos, aunque no siempre es posible ( como en el caso ejuiciado) obtener y practicar la prueba original.

Pues bien, desde esta perspectiva. No ignorando la dificultad probatoria que se presenta en los delitos contra la libertad sexual, por la forma clandestina en que los mismos se producen ( STS de 12 de Febrero de 2004, nº 173/2004), se ha de analizar la prueba de cargo, valorando, conforme a nuestras atribuciones legales y constitucionales, las declaraciones de la víctima de los hechos, las manifestaciones testificales y las periciales desarrolladas; así, respecto del principal delito por el que es acusado Nicolás, presunta agresión sexual ocurrida el día 18 de diciembre de 2016 lo primero que llama la atención es que ni tan siquiera las acusaciones se ponen de acuerdo en lo relativo a la propia relación fáctica. Según la acusación pública, sobre las 11:00 horas del día 18 de Diciembre de 2016, cuando se encontraban acostados el procesado y su esposa, aquel, con ánimo de atentar contra su libertad sexual, le comenzó a acariciar y besar, introduciéndole un dedo por el ano. Al recriminarle Custodia tal hecho y manifestarle a sus preguntas que no estaba disfrutando, el procesado cesó en su comportamiento, para a pesar de la oposición de Custodia reanudarlos instantes después comenzando a besarla, metiéndole los dedos por la vagina, y sujetándola bajarle el pantalón del pijama penetrándola vaginalmente sin llegar a eyacular.

A consecuencia de estos hechos Custodia sufrió una lesión anal tipo fisura, la cual precisó para su sanidad una primera asistencia, tardando seis días en curar sin incapacidad y sin restar secuelas.

Sin embargo, la acusación particular recoge una introducción del dedo del procesado en el ano de la esposa, previa a la penetración. Y con que prueba se intenta hacer valer tal relato?, pues tan solo con la declaración de la denunciante.

Respecto al valor que ha de otorgarse a la declaración del perjudicado, es cierto que la Sala Segunda del TS ha señalado reiteradamente, que aún cuando, **en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba** es necesario que el Tribunal compruebe la concurrencia de una serie de **NOTAS o REQUISITOS**, que resumiendo, podemos decir que esta doctrina jurisprudencial, que podríamos llamar clásica, mantiene hoy en día toda su vigencia, si bien el TS en algunas Sentencias llama la atención acerca de las precauciones que deben seguirse en relación con la misma, sobre todo en aquellos casos en los que la perjudicada se constituye además en parte y ejercita la acción penal, llegando a hablar la Sentencia del TS, de 18 de Julio de 2002, de una "situación límite de riesgo" para el derecho a la presunción de inocencia cuando la única prueba de cargo es la declaración de la presunta víctima, señalando la STS de 23 de mayo de 1999 que el riesgo se hace más extremo si ésta es precisamente quien inicia el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose aún más acentuando si ejercita la acusación.

Asimismo en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de mayo de 2010 (Ponente Perfecto Andres Ibáñez), se efectúa una crítica de lo que entiendo viene produciéndose en la valoración de la declaración de



la víctima, cuando los delitos se cometen en la intimidad y sin testigos, otorgándosele a aquella un plus de credibilidad. Criterio contrario al principio de presunción de inocencia.

Dichos requisitos son:

### 1º- AUSENCIA DE INCREIBILIDAD SUBJETIVA.

Ausencia de incredibilidad subjetiva por parte de la víctima, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes de la víctima:

-a) Sus 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) Las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir 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 víctima de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Desde este punto de vista, la credibilidad del testimonio de la denunciante debe analizarse con mucho cuidado, atendida su mala relación con el procesado, enmarcada en un proceso de separación (divorcio conflictivo, como ambas partes han reconocido en la Sala, enmarcada en una patología psiquiátrica previa a esta relación, que la denunciante venía padeciendo desde el año 2003 ( así informe psiquiátrico folio 342) derivada de una mala experiencia relacionada con pareja anterior, social y con la vecina, según expresamente se hace constar. Con ello la denuncia de un hecho puntual e íntimo de pareja, que se hace con posterioridad a su realización cuando se rompe la pareja por otros motivos, indicando como el detonante parece ser la petición de una firma para realización de la portabilidad de un teléfono.

### 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; en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

La verosimilitud del testimonio ha de suponer:

a) La declaración de la víctima ha de ser **lógica en si 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 apoyando en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración puesto que, 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; etcetera.

En efecto, Como viene recogiendo la doctrina jurisprudencial, por todas, y como ejemplo, la Sentencia del TS 140/04 de 9 de Febrero, en que la Sala Segunda señala expresamente que "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 apoyando en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima ( Sentencia de 5 de Junio de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en los delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art 330 LeCrm) 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 circunstancias concurrentes en el hecho y es aquí donde en nuestro caso se produce el principal obstáculo para dar por acreditada la versión de la denunciante; pues fuera de su declaración no hay prueba alguna corroboradora. En primer lugar, el presunto hecho se produce, según su versión, el día 18 de diciembre de 2016, y no se ha denunciado hasta pasado un mes. Preguntado por tal hecho, indicó que lo denunció cuando tomo la decisión de separarse. El retraso en la denuncia por si solo, no merma la credibilidad del testimonio, pero en este supuesto conlleva una mayor dificultad toda vez que ella dice que como consecuencia de la penetración



anal sufre una fisura. Dicha lesión podría haber sido fácilmente contrastada medicamente, pero ni acude a médico alguno ni denuncia hasta el día 21 de Enero del siguiente año. Con ello y como consta al folio 109 cuando la ve la forense, ninguna lesión se puede objetivar, al haber pasado mas de 50 días. Dicha constatación habia podido valorarse como una corroboración periférica de su relato, de lo que se ha privado a esta Sala.

Por otro lado, la aportación de un CD con las llamadas telefonicas que realiza la denunciante tampoco puede considerarse corroboración alguna, son 229 llamadas , con 14 horas de audio, en el que la Policia Autonoma, sin control judicial alguno "selecciona" las que considera relevantes. Si se examina su contenido, nada aporta al relato acusatorio; se trata de discusiones de pareja, en el que la denunciante habla de lo que pasó "aquel día", no contando a qué incidente se refiere, ni tan siquiera la data de la conversación, y en absoluto puede tener valor alguno de cara a enervar el principio de presunción de inocencia.

Tampoco puede considerarse como corroboración válida ante la declaración acusatoria que ha introducido en este procedimiento la denunciante la declaración que prestó en el plenario su hermano, quién preguntado expresamente al respecto señaló como dada su condición de policía autónomo orientó a su hermana que en el sentido de que interpusiera la correspondiente denuncia, en la fecha que ya se ha indicado, precisando que antes de esa interposición su hermana no le habia comentado nada respecto la presunta agresión sexual que dice haber sufrido, si bien sí le había comentado que durante la relación sentimental que mantuvo con el procesado no tenía una buena relación con el hijo biológico de aquella y que le solía controlar el teléfono.

### 3º.- PERSISTENCIA EN LA INCRIMINACIÓN:

Esta debe ser **prolongada en el tiempo** , plural, **sin ambigüedad ni contradicciones**, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad.

Tampoco dicho elemento concurren en su suficiente plenitud como para valorar de cargo la versión ofrecida por la denunciante; ya hemos indicado que la tardanza en denunciar la alegada agresión ha significado la imposibilidad de comprobar medicamente la lesión resultante en el año que dice sufrió, lo que conlleva para el procesado de una mayor dificultad para defenderse de la acusación, a lo que se une el propio relato, en el que aspecto tan importante como una penetración anal, posterior a la realizada con el dedo, en su denuncia la refiere con el pene, en una ocasión, mientras en su declaración judicial (folio 40) y en el plenario, la circunscribe a una penetración solo vaginal y no anal, con el pene. A efectos de calificación jurídica, puede no afectar, pero en la necesaria credibilidad del testimonio de la víctima en esta tipología delictual debe el relato factico ser persistente, especialmente cuando no hay otros elementos probatorios, como hemos indicado.

Las acusaciones han aludido al informe de las psicólogas clínicas de la Unidad Forense de Vitoria, como dato corroborante de la veracidad de la joven Gema ; sin embargo, también discrepamos en este punto de la alegación: Los dictámenes periciales psicológicos han sido objeto de especial análisis por el TS, que en su TST 339/2007 afirma 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" porque el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del Juez. El peritaje sobre la credibilidad de la declaración de un menor al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia permite establecer 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 la declaración 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, introducción, invención o manipulación ( SSTS. 23.3.94, 10.9.2002, 18.02.2002, 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 si 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."

Es por todo ello por lo que, se han indicado, y salvo que esas "alegadas" contradicciones internas del relato resulten insalvables (con arreglo a los parámetros previos) lo que procede analizar es el conjunto probatorio. Venimos reiterando en nuestras resoluciones que la mayor o menor aptitud del testimonio de una persona para reconstruir el hecho histórico no se puede medir, en exclusiva, por la mayor o menor credibilidad en sí misma del relato, sino siempre en atención a otros datos que componen la imagen probatoria. No basta que se afirme que una testigo es objetiva y subjetivamente creíble porque su manifestación es persistente, o porque



no se identifiquen elementos espurios en su relato, si, al tiempo, no se da cuenta de las razones cognitivas que permiten atribuirle el grado de verosimilitud necesario para reconstruir el hecho objeto de acusación. La certeza se alcanzará si ese relato es compatible o viene avalado por el resultado que arrojan el resto de las pruebas integran el cuadro probatorio plenario y las demás circunstancias contextuales que hayan quedado acreditadas, y ya hemos indicado que las pruebas aportadas en nuestro caso, circunscritas al primero de los delitos (agresión sexual) no tienen la suficiente entidad como para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, absolucón que, evidentemente, se extiende al delito por el que era acusado el Sr. Nicolas (tan solo por la acusación particular, no por el Ministerio Fiscal) de menoscabo psíquico del artículo 153.1, 57,2 y 98,2 C.P.

Y si el vacío probatorio respecto al principal delito por el que era acusado el Señor Nicolas, agresión sexual, ha quedado patente y manifiesto, dicho vacío aún es mayor con respecto al resto de acusaciones que se han introducido, tales como un delito leve continuado injurias, así como, en este caso tan sólo por la acusación particular, de un delito de amenazas, y es que según la declaración de la denunciante el día 21 de enero del año 2017 al negarse a realizar la firma en un contrato de portabilidad en su línea telefónica, dicho hecho le fue recriminado por el procesado profiriendo insultos tales como eres una frígida, una rara, no vales ni para follar, expresiones que relato fáctico que introduce de forma diferenciada la acusación particular se extiende a ser proferidas en otras ocasiones, así como que en varias ocasiones, nov del año 2016 blandió un cuchillo de cocina así como que la amenazaba con suicidarse o estrellar el camión o causar un mal a la casa o al niño.

Como ya hemos dicho anteriormente, la introducción en el relato acusatorio de este tipo de conductas, llevada a cabo de forma genérica, sin especificar circunstancias tiempo-espaciales, denunciadas mucho tiempo después de cuando se dice ocurrieron y negadas expresamente por el acusado, exige para no poner a éste en una situación de prueba diabólica de su defensa, que tengan una necesaria y suficiente corroboración, y el presente caso sólo contamos con la declaración de la denunciante, la cuál se valora a estos efectos con los mismos condicionantes a los que ya se ha hecho referencia respecto al delito de agresión sexual, que determinan una insuficiente acreditación, puesto que como tal no puede entenderse de la genérica referencia que hizo su hermano en el plenario en el sentido de que antes de la denuncia en alguna ocasión le dijo que sufría malos tratos, máxime cuando también indicó tener muy poca relación con su hermana y que ni tan siquiera conocía personalmente a su pareja, con lo que la falta de concreción, de hechos concretos, de fechas, de circunstancias de tiempo y lugar es absoluta. Tampoco puede considerarse, estos efectos, corroboración de los hechos denunciados la referencias que en la exploración obrante a los folio 251 y siguientes consta se hizo del hijo de la denunciante el año 2017. Constando en la actualidad con al menos 17 años, hubiera sido más conveniente oír por esta sala la declaración de Juan Manuel, si bien no se cuenta sino con la prueba preconstituida de la declaración que prestó en fase de instrucción, la cual ha de valorarse teniendo en cuenta la propia credibilidad de su testimonio que viene seriamente cuestionada por su patología psiquiátrica previa tal y como se hace referencia en el informe médico aportado la causa al folio 290 en la que se hace referencia a que presenta una organización psíquica muy frágil con fallos en los soportes de pensamiento, lo que conlleva mucho temor a la pérdida de apoyos principales, de modo que en el conflicto familiar y personal de su madre biológica con su padre biológico obviamente se pone del lado de aquella con lo que su versión de los hechos no se considera suficientemente corroborante de ninguno de los hechos introducidos por la acusación.

En este sentido el delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del código penal que se recoge por la acusación pública, tampoco coincidente con la calificación jurídica que realiza la acusación particular que distingue entre el delito de exhibición obscena del artículo 185 del de exhibición de material pornográfico del artículo 186 tampoco puede considerarse acreditado. No sólo los hechos en los que se fundaba dicha acusación no se introdujeron en la inicial denuncia que presentó la Señora Custodia en Enero del año 2017, sino que paralelamente al devenir y procesal de su proceso de divorcio y de conflicto personal con el procesado, es el 24 de Marzo del año 2017 cuando se lleva a cabo una ampliación de denuncia, incluyendo unos hechos que presuntamente ocurrieron en octubre del año 2015, de modo que a la falta de acreditación o corroboración periférica un objetivo de los mismos se une el lapso temporal transcurrido entre lo que se dice ocurrió y su denuncia. Por otro lado los propios hechos denunciados carecen de la entidad suficiente como para llevar a cabo la calificación jurídica realizada; se dice por una lado como motivo de acusación que en ocasiones el acusado, en su propio domicilio, a veces se encontraba desnudo en presencia del hijo preguntado al respecto el Sr. Nicolas reconoció en algunas bien al salir de la ducha o en circunstancias puntuales que pudo ser así, como puede ocurrir en la mayoría de los domicilios en el ámbito de una estricta intimidad o privacidad familiar, pero en absoluto se ha acreditado la concurrencia de un elemento necesario y subjetivo que dichos preceptos exige, un especial ánimo de exhibición. El artículo 185 exige que la conducta sea dolosa o intencional, sin embargo, no se exige un elemento subjetivo del injusto especialmente determinado, como por ejemplo atentar contra la educación del menor, aunque esta finalidad se entiende comprendida en el reproche penal que fundamenta el precepto. El bien jurídico que se protege es un conglomerado de valores e intereses, como el desarrollo



libre de la personalidad, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismo y su bienestar psíquico, es decir, no sufrir interferencias en el proceso de formación de su personalidad. En el caso que se muestra en la sentencia 968/2009, el Tribunal supremo, Sala de lo Penal. Sección 1ª Rec 2146/2008 de 21 de Octubre de 2009, la realización de una conducta reiterada en el mismo lugar en presencia del hijo permite que no se acepte el descuido alegado por el recurrente y hace posible apreciar el dolo inherente al delito de exhibicionismo, pero en absoluto nos encontramos ante el mismo supuesto. Ni el desarrollo moral o psicológico de Juan Manuel se ha visto perturbado por el hecho de que en alguna ocasión el procesado se mostrara desnudo en la intimidad familiar puesto que no ha sido una conducta constante reiterada ni dolosa, ni tampoco por el tiempo transcurrido y la falta de concreción de la denuncia puedan determinar la concurrencia de ningún otro de los elementos objetivos que integran el tipo penal pretendido.

Dicha falta de concreción es igualmente aplicable a la calificación jurídica del artículo 186 del Código Penal, respecto del cual el vacío probatorio es total. En la ampliación de denuncia de fecha 24 de Marzo del año 2017 la denunciante relata como en Octubre del año 2015 se colgó en el teléfono móvil de su hijo fotografías de mujeres desnudas y en ropa interior, conducta que atribuye al marido y con la finalidad de atentar contra su libertad sexual. Sin embargo, si se examina la propia declaración que hizo el menor, respecto al tema de las fotografías es totalmente equivocada, pues señala que un día en concreto vio imágenes de este tipo (desconocemos su contenido) que el padre tenía en el móvil pero no por voluntad de éste sino que expresamente dice que se encontraba aburrido, limpiando la ropa de rugby, que su padre estaba atento a su propio móvil y no se dio cuenta como el declarante las veía también, y respecto a la fotografías que dice la madre el procesado descargó en el móvil del menor, hecho expresamente negado por el procesado, tampoco afirma que ello fue así, sino que al final de su declaración dice que las fotos aparecieron en su móvil y que dos horas antes le había dejado a su padre el terminal, por lo que piensa que esas imágenes las capturó su padre aunque no lo sabe a ciencia cierta. Ello conlleva una nueva duda razonable de lo que realmente ocurrió, puesto que la Sra Custodia indicó como al revisar el contenido del móvil del hijo vio esas fotos y se lo recriminó y se puso el niño muy nervioso y que le dijo que había sido su padre, lo que no excluye la posibilidad de que para justificar la presencia de dicho material le imputa dicha acción a aquél, material que por otra parte como tipo objetivo del artículo 186 desconocemos en que consistía, toda vez que nada se ha aportado a la causa al respecto, con lo que el contenido de ese material pornográfico que se dice es meramente presunto, al no haber quedado constatado su real contenido, lo cual por otra parte no podía ser otro de modo dado que se estaban denunciando dos años antes.

Todo ello conlleva la absolución del procesado.

**TERCERO.-** Procede declarar de oficio las costas procesales.

Vistos además de los citados los artículos 2, 5, 10, 15, 16, 27, 28, 32, 33, 387, 54, 55, 56, 61, 66, 79, 123 y 124 del nuevo Código Penal, y los artículos 142, 239, al 241, 742 y 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y demás de pertinente y general aplicación.

## FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos a Nicolas , de las acusaciones de que era objeto, declarando de oficio las cosas causadas.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de **APELACIÓN** ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ( artículo 846 ter de la LECr).

El recurso se interpondrá por medio de escrito, autorizado por abogado/a y procurador/a, presentado en este Tribunal en el plazo de **DIEZ DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de su notificación.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/la Ilmos./Ilma. Sres./Sra. Magistrados/a que la firman y leída por el/la Ilmo./Ilma. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.