



Roj: **SAP BI 981/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:981**

Id Cendoj: **48020370022019100115**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **27/03/2019**

Nº de Recurso: **41/2018**

Nº de Resolución: **26/2019**

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

Ponente: **JUAN MATEO AYALA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN SEGUNDA**

**BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA**

Barroeta Aldamar, 10-3ª planta - CP/PK: 48001

**TEL.** : 94-4016663 **FAX** : 94-4016992

NIG P.V. / IZO EAE: 48.04.1-17/015137

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.43.2-2017/0015137

**Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu laburtua 41/2018 - X**

Atestado n.º / Atestatu-zk. :

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea* : ABUSO SEXUAL CONTINUADO SOBRE MENOR DE DIECISÉIS AÑOS /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de Instrucción nº 6 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 6 zk.ko Epaitegia Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 1152/2017

Contra / *Noren aurka* : Isaac

Procurador/a / *Prokuradorea* : NADIA MARTINEZ GARCIA

Abogado/a / *Abokatua* : ISABEL GOROSTIAGA PEREZ

Eulalia en calidad de ACUSADOR PARTICULAR

Abogado/a / *Abokatua*: JORGE MARQUETA ANDRES

Procurador/a / *Prokuradorea*: ZURIÑE GALARZA LOPEZ

**SENTENCIA N.º 26/2019**

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS.

D. JUAN MATEO AYALA GARCIA

D.ª MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ SAINZ

D.ª ELSA PISONERO DEL POZO RIESGO

En BILBAO (BIZKAIA), a veintisiete de marzo de dos mil diecinueve.

Visto en juicio oral y público ante la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial la presente causa de Procedimiento Abreviado núm. 1152/2017 procedente del Juzgado de Instrucción nº 6 de los de Bilbao por delito continuado de abuso sexual sobre menor de 16 años, Rollo de Sala nº 41/2018, contra Isaac , con D.N.I. nº NUM000 , nacido el NUM001 /1963, en Bilbao, hijo de Maximino y de Laura , declarado solvente y en situación de libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora Dª. Nadia Martínez García y bajo la dirección letrada de Dª. Isabel Gorostiaga Pérez, habiendo sido parte acusadora en concepto



de Acusación Particular D<sup>a</sup>. Eulalia , representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Zuriñe Galarza López y bajo la dirección letrada de D. Jorge Marqueta Andrés, así como el Ministerio Fiscal representado por la Ilma. Sra. Marta Fernández.

Expresa al parecer de la Sala como Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. JUAN MATEO AYALA GARCIA.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual sobre menor de 16 años, previsto y penado en el artículo 183.1 y 4 d) del Código Penal en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo legal , del que es autor D. Isaac ; sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitó se le impusiera la pena de 6 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, accesoria de prohibición de aproximarse a Rosario , a su domicilio, centro de estudio o cualquier otro lugar en que se encuentre a menos de 500 metros y de comunicación con la misma por cualquier medio por tiempo de 3 años, así como abono de las costas causadas. En concepto de responsabilidad civil, el acusado indemnizará a Rosario en la cantidad de 2.000 euros por daños morales, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 LECivil .

**SEGUNDO.-** La acusación particular, en representación de Dña. Eulalia , realizó la misma calificación que el Ministerio Fiscal.

**TERCERO.-** La defensa del Sr. Isaac , en sus conclusiones definitivas, solicitó la libre absolución de su patrocinado, ratificando su escrito de conclusiones provisionales. Agregó como petición subsidiaria la eliminación de la continuidad delictiva, así como las agravaciones por superioridad y prevalimiento, debiendo tenerse presente la reparación del daño causado.

**CUARTO.-** En la presente resolución, se designará a la menor por sus iniciales, con el fin de preservar su intimidad.

### HECHOS PROBADOS

D. Isaac convivió con su pareja, Dña. Eulalia , con la que tuvo una hija, Rosario , nacida el NUM002 de 2006. En 2014, cesó la convivencia, yendo a vivir el acusado a la casa de sus padres, situada en la CALLE000 nº NUM003 , NUM004 NUM005 , de DIRECCION000 , en donde utilizaba el sofá cama de la sala de estar para dormir.

Ambos progenitores, a raíz de la separación, acordaron un régimen de visitas en el que Rosario pasaba con su padre casi todos los fines de semana; en ellos, dormía con su padre en el sofá cama de la sala.

No ha quedado acreditado que, desde el comienzo de las estancias de Rosario los fines de semana en el domicilio paterno en el año 2014, hasta antes del verano de 2017, D. Isaac hiciera tocamientos a Rosario en la zona genital y en los pechos por debajo del pijama y de la ropa interior.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO. - Cuestión previa.

Solicitó en su escrito de defensa la letrada del Sr. Isaac , que declarara en la vista oral la menor Rosario . La solicitud fue denegada en el auto del Tribunal que resuelve sobre las pruebas solicitadas, con alusión a la necesidad de evitar la victimización secundaria de la menor. Al comienzo de la vista oral, reiteró su solicitud dicha defensa, ratificando el Tribunal su decisión anterior, y remitió a la sentencia la explicación detallada de su decisión.

Citaba en su escrito la defensa la sentencia del Tribunal Supremo de 10-5-2018 . En ella se fijan las garantías que deben regir las declaraciones realizadas como prueba preconstituida para su reproducción en el juicio oral. Y entendemos que dichas garantías han sido debidamente preservadas, más allá de que la letrada no haya podido interrogar a la menor. Obsérvese que es la actual letrada la que no interrogó por no estar entonces designada, pero el derecho de defensa en sentido constitucional sí estaba debidamente asegurado porque quien en ese momento ejercía la defensa del acusado sí asistió a la declaración.

Por otro lado, en la línea de la misma sentencia que ha citado, la Sra. letrada no ha dado datos al Tribunal que expliquen por qué en el caso presente era particularmente (no genéricamente) precisa la declaración, si



echaba de menos alguna pregunta esencial para su defensa o si existía otra razón por la que se le producía indefensión.

En todo caso, se ha consolidado y profundizado por la Sala 2ª del Tribunal Supremo en las condiciones en que las menores víctimas han de declarar. Así, confróntese la STS del 25 de enero de 2017 (ROJ:STS 194/2017-ECLI:ES:TS:2017:194 ) y la abundante Jurisprudencia citada en ella (en la que también aparece la sentencia citada por la defensa), con base y aplicación de la normativa internacional y de la nueva regulación introducida por la Ley 14/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, cuyo artículo 26.1 establece las medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección en la fase de plenario:

*1. En el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes:*

*a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

*b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos.*

En una menor de 8-11 años en el momento de los hechos (12 años en el momento del juicio oral) es unánimemente admitida la necesidad de preservarla de nuevas vivencias con relación a los hechos, sobre todo en los supuestos de delitos contra la indemnidad sexual. A ese fin tienden las cautelas adoptadas de apoyo de expertos en la toma de declaración y utilización de metodologías adecuadas en el testimonio de menores, así como presencia no visible de las partes y de la autoridad judicial, quienes pueden intervenir en determinadas condiciones.

Ese fue el caso: la declaración grabada fue íntegramente reproducida en la vista oral. La grabación fue realizada con el sistema de cámara Gesell, la niña fue interrogada por un psicólogo experto, las partes participaron formulando las preguntas que les convino, y no se trajo de nuevo a la menor por los motivos explicados.

La existencia de una causa legítima para que la menor no sea interrogada no procede solo de la constatación de la menor edad y la naturaleza del delito. Además, existen razones de calidad del testimonio, de tipo epistémico, tal como se dice en la citada resolución, que citamos nuevamente de forma literal y necesariamente extensa:

*Recientemente se dijo - STS 925/2012, 8 de noviembre - que no siendo pacífico admitir la preconstitución probatoria durante la fase de investigación o instrucción ( arts. 433.2 y 448.3 y 4 LECrim ) como sustitutivo de la deposición de los menores en el acto del juicio oral, sí que lo es convenir que en supuestos como el examinado 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 ("Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho"); con la muy reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre (Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre; arts. 20a24, singularmente); 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. 30o35, 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).*

*(...) Como se ha argumentado por los especialistas, no se trata sólo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad. La concurrencia de un profesional experto en la realización de esas entrevistas tiene un valor especial, aunque desde luego resulta irrenunciable la dirección y supervisión judicial y la contradicción asegurada por la presencia*



de todas las partes ( *STEDH caso S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002* ; *sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el conocido caso Pupino, de 16 de junio de 2005* ; así como *STC 174/2011, de 7 de noviembre* , y *STS 96/2009, de 10 de marzo* ).

Por todas las razones antedichas, se denegó el interrogatorio de Rosario en la vista oral.

### **PRIMERO. - Resumen y valoración de la prueba practicada.**

#### **1º. Resumen de la prueba.**

##### **Declaración del acusado.**

El acusado, D. Isaac , manifestó que había sido pareja de Dña. Eulalia , con la que tuvo una hija en común, Rosario , nacida el NUM006 - 2006. Vivieron juntos hasta que cesó la convivencia en octubre 2014, cuando Rosario tenía 8 años y medio años. Rosario a partir de entonces estaba con el acusado los fines de semana, quedaron de mutuo acuerdo en algunas cosas. A Rosario la veía os fines de semana con flexibilidad, dependía, en verano se iba con su madre, iba al pueblo. No era siempre lo mismo, no había problema. Cando estaba con el declarante vivían en casa de la madre y la hermana del acusado. Dormía en un sofá cama junto a la niña. Juntos ambos.

Nunca la tocó nada, ningún problema. A su hija le ha dado abrazos de cariño como padre, sin problema. Económicamente estaban muy mal, salía el tema del dinero para ropa y se encasquilló con un móvil, le tuvo que poner uno para hablar con ella y no hacerlo a través de su expareja. No tenían mala relación, nunca dejó de querer ir con él. Con el tema del móvil se enfadaba.

El sistema era que durante la semana dormía en casa de Eulalia y el fin de semana en casa de la madre del declarante, no todos los fines de semana (por ejemplo, de Navidad no). No es verdad que su ruptura fuera por tocamientos supuestos a la hija de Eulalia , Natividad .

Rosario no tenía una habitación propia en casa de la madre del declarante porque había un sofá cama grande, no se estorbaban, y además no quería dormir sola. Había una habitación más en la casa pero llena de trastos, era impracticable.

Rosario duerme hacia afuera. Igual que el declarante. La niña tenía miedo en la casa, no quería ir sola por las habitaciones. La niña miente sobre los tocamientos. A la declaración no sé ni cómo fue. No sabía nada, no sabe ni lo que dijo. La última vez que la vio fue que la llevó al dentista y lo siguiente fue la denuncia.

En relación con el tema económico, el pacto fue que se iba el acusado donde su madre y ella se quedaba en el piso pagando gastos del piso. El quedaba en pagar los gastos y deudas de los bares de ella, aunque al final pagó todo.

El no podía seguir en esa situación: hipoteca, techo de su hija, préstamos, y su menos mal que madre le ayudaba. Los préstamos eran de los bares de Eulalia . Ella nunca pagó, daba la sensación de que ella no debía nada. Muchos gastos los pagaba la madre del declarante. Por todo ello, la relación era mala, por el tema económico.

Los gastos de Rosario los pagaba él. Sobre el móvil: le puso uno para hablar con ella y quedar, se empeñó con uno que valía mucho, cogía rabieta con el móvil, cree que es un castigo por no habérselo comprado. Cree que se lo dijo a su madre y ella vio la oportunidad para cortar la relación, ya no ve a la niña desde hace más de un año y medio.

El salón de la casa de su madre está a la derecha, enfrente un baño pequeño, otro baño seguido, dos puertas que nunca se cierran son las que separan el salón del pasillo. Convivían en el baño su madre, su padre y su hermana. Quien vaya al baño ve el salón, y sus padres iban con frecuencia. Nos e cerraban las puertas del salón.

Rosario nunca le ha dicho que no quería estar con él, sabe que tenía miedo pero la veía bien con él. No quería moverse sola por la casa nunca, la tenía que acompañar.

##### **Prueba testifical.**

Rosario relató, en la prueba preconstituida que se realizó en el Juzgado de Instrucción, que su padre, los fines de semana en que dormía en casa de su padre, en la misma cama ambos, le tocaba la vulva y las tetas. Lo hacía al acostarse, y luego, de madrugada, la despertaba y se lo hacía. Le tocaba directamente la piel. Le decía que era un secreto de los dos y no se lo tenía que decir a nadie. Respecto al tiempo, desde que se puso gafas, como 3 años atrás. No se lo hacía siempre, no todos los fines de semana. No había ningún motivo. Ella se sentía traicionada por su padre. Se lo escribió a su madre porque llevaba tiempo dándole vueltas a la cabeza, sin poder quitárselo de ella. Cuando se lo escribió a su madre, había gente en la casa, una prima, su hermana y el novio de su hermana, ella estaba en la habitación de su madre sin poderse concentrar. La palabra vulva



se la ha oído a su madre. En el mensaje que le envió a su madre puso que su padre la violaba, que significa algo que no se debe hacer, se refiere al sexo, cuando se hace algo que la otra persona no quiere. Ella estaba mal cuando se lo hacía, porque es su padre.

Dña. Eulalia , madre de la menor, relató que pactaron el régimen de visita, no estricto, conforme al que iba a casa de su padre de viernes a lunes, casi todos los fines de semana, la casa era la de su amama, al principio vivía también su aitite y la tía María Cristina . La niña no manifestaba desagrado.

En octubre de 2017 recibió un whatsapp de Rosario , cuando ella estaba en el trabajo. No sospechaba, había hablado con ella porque se separó de su expareja porque en el verano de 2014 le vio tocando sexualmente a su hija mayor Natividad (de la declarante), a pesar de ello no sospechaba porque era hija del acusado. Le vio con Natividad (su hija) y le dijo que se fuera de casa, ya llevaba 3 meses diciéndole que se fuera.

No tuvo duda de que era cierto lo que le contaba en el whatsapp, sintió sorpresa, decepción más que nada, no lo podía creer que le hiciera eso a su propia hija, a la hija de ambos. Cuando llegó a casa no le dio detalles, hoy es el día en que no hablan de las agresiones, no le sale todavía, lo escriben más que nada en un cuaderno, le cuesta menos escribirlo. Rosario está en tratamiento psicológico y le pregunta si puede hablar de tal cosa con la psicóloga. Tratan de que se abra y pueda expresarlo. Aun hoy no le habla de ello. Desde octubre de 2017 no se volvió a hablar ni se ha visto con su padre. No ha contactado con la familia paterna. La otra hija del acusado sí que le ha visto ( Virtudes ).

Una temporada larga Rosario volvía de casa de su aita que vomitaba, muchos lunes no acudía a clase e iban al médico directamente. Rosario dormía en su habitación, no tenía miedo a dormir sola. En los años que estaba los fines de semana con su aita no le manifestó que tuviera miedo. Dormían juntos porque la habitación que era de Isaac estaba llena de trastos. No le parecía normal y Isaac le decía que en algún momento quitarían todo y sería cuarto de Rosario . Duerme normal, no contra la pared. Rosario no sabía que Natividad había sufrido abuso de su padre. Natividad no le ha hablado de ello a la niña. El tema de los posibles abusos a Natividad lo habló la declarante con la hermana del acusado.

Cuando vivían todos en el domicilio, cada hija dormía en una habitación. Cuando venía Virtudes dormía con Rosario , dormían juntas. Nunca Rosario dijo que no quería ir con su padre. Sabía que dormían en el sofá cama juntos, a veces sabe que dormía con su tía. La situación económica era mala, se han repartido los pagos entre los dos: ella paga Seguridad Social, Hacienda, etc. Rosario quería un móvil nuevo y ha estado muy insistente con el tema. Virtudes mantiene relación con su hija Rosario , nunca ha hablado con ella del tema del abuso. Le propuso tomar un café y le pidió a Virtudes que tuviera cuidado con Rosario , y ella ¿ Virtudes - le dijo que no quería hablar nada con la declarante.

Dña. Virtudes es hermana mayor de Rosario , hermana solo por parte de padre. Conoce los hechos de los que se acusa a su padre, no les da credibilidad, su padre nunca ha hecho algo parecido con ella. Cuando se separaron sus padres tenía 6 años, iba a ver a su padre un fin de semana sí otro no. Cuando iba ella dormía con Rosario y cuando no Rosario dormía con Natividad porque no le gustaba dormir sola. Cuando va a casa de su padre le visita pero no duerme porque no tiene sitio. Tiene buena relación con Rosario , se ven con frecuencia. Nunca habla a Rosario de los hechos porque Eulalia se lo ha prohibido. La situación económica era mala, su padre tenía muchas deudas. Conoce el deseo de Rosario por el móvil nuevo, le llevó a verlo.

Dña. Debora , hermana del acusado, vivía en la casa con su madre y su hermano, y Rosario los fines de semana. Siempre ha vivido en casa de sus padres. Cuando se separó la primera vez, su hermano volvió a la casa e Virtudes dormía con la declarante. En la época de los hechos, Rosario dormía con su padre porque ella no quiso que durmiera con la declarante para cuidar a sus padres y además no quería que volviera a pasar lo mismo que con Virtudes que se ocupaba ella mucho. Prefería que se ocupara su padre de ella y quería independencia. Rosario nunca se quejó de dormir con su padre, no vi nada extraño en casa de parte de su hermano, no da credibilidad a las acusaciones. Tenía buena relación con Rosario , mucha afinidad en las opiniones y en manera de ser. El último fin de semana que estuvo en casa no notó nada raro, tenía un cumpleaños. La situación económica de su hermano era mala. Sabe que la niña quería un móvil caro, cree que se lo pedía el móvil a su padre.

Dña. Natividad es hermana, solo de madre, de Rosario . Rosario hace tiempo le contó, el día que cumplió 18 años la declarante, el mismo día habló conmigo. Antes de interponer la denuncia; en el momento del envío del whatsapp ella no estaba. Llegó y las vio llorando a su madre y a Rosario y les preguntó qué sucedía. El novio de la declarante estaba también, su prima cree que no, aunque supone que por la tarde sí estaba. Del whatsapp se enteró después. Cuando vivía allí dormía con mi novio; con Rosario no, dormía sola.

Rosario nunca le comentó a la declarante nada de los abusos. Los que sufrió la declarante nunca se los contó a Rosario .



Dña. Zaira tuvo varias sesiones con la familia, motivadas por la preadolescencia de Natividad , no se dijo nada de abusos ni sospechó que los hubiera. El fondo era más cuestión de ayudas sociales por razones económicas.

### **Prueba pericial.**

Dña. Bibiana , médica forense, examinó a la menor. Estaba orientada, dio sensación de que estaba liberada, la expresión era coherente pero muy parca, sin detalles, contestaba a lo que se le preguntaba. Había estado previamente en el hospital de DIRECCION000 , estuvo itinerante, había pasado por varios sitios contando más o menos lo mismo.

Dio sensación general de liberarse al contar lo que le había sucedido.

El último episodio había sido antes de empezar las clases.

D. Armando , psicólogo adscrito al equipo psicosocial Judicial, manifestó que el discurso de Rosario era válido y creíble.

En el informe no se aprecian inconsistencias que lo pongan en duda. Se les hace una muestra que se controla, con una metodología adecuada.

El testimonio de Rosario : discurso lógico, pocos detalles, los que se obtienen no son espontáneos al 100 % sino resultado de respuestas a preguntas. El relato libre es breve pero adecuado. A preguntas sí hay anclaje subjetivo, detalles, percepción sobre el estado subjetivo propio y del perpetrador.

Hay 19 elementos de credibilidad que concurren en mayor o menor medida. La validez se refiere a la falta de contaminación del relato. Se establece mediante referencias a la realidad y a la sugestionabilidad, evitación de preguntas sugestivas; deben ser preguntas lo más abiertas posible. También hay que descartar intereses no legítimos. En el informe dice que hay indicadores de credibilidad si bien de escasa abundancia. Hay pocos indicadores de credibilidad, pero tampoco -en lectura negativa- los hay que la pongan en duda.

Usó la palabra vulva, pero como estaban en momento de estudio de la sexualidad en el colegio, no le produjo extrañeza al perito.

### **2º. Valoración de la prueba.**

**2º.1** - El delito por el que el Ministerio Fiscal y la acusación particular vienen acusando a D. Isaac es el de abuso sexual continuado a una menor de 16 años.

En los casos de abuso sexual, es frecuente que la única prueba de cargo venga constituida por las declaraciones de la víctima o víctimas -que también son testigos únicos- sin más vestigio o corroboración objetiva, a las que se opone la declaración de la persona acusada de la autoría, negando su implicación. En el caso presente, también concurre esta característica, como se explicará a continuación.

En esas condiciones de prueba de cargo únicamente constituida por las declaraciones de la víctima, se viene aceptando su capacidad para fundar la condena en unánime jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Así, pueden confrontarse, por todas, las siguientes sentencias: para el Tribunal Constitucional, las SSTC. 229/1.991, de 28 de noviembre , 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre; para el Tribunal Supremo , SSTS núm. 339/2007, de 30 de abril , núm. 187/2012, de 20 de marzo , núm. 688/2012, de 27 de septiembre , núm. 788/2012, de 24 de octubre .

La capacidad de la declaración de la víctima para destruir la presunción de inocencia debe partir de que supere un triple filtro, consistente en que la declaración sea creíble desde el punto de vista objetivo (por ser coherente y verosímil y contar con elementos externos de corroboración); creíble desde el punto de vista subjetivo (por no haber elementos o móviles de venganza en ella, o deficiencias o enfermedades que impidan la adecuada percepción de la realidad); y debe persistir en el tiempo sin contradicciones, generalidades o ambigüedades. Así lo viene declarando también la Jurisprudencia, por todas, en la de 5-11-2013 (ROJ: STS 5437/2013).

Reitera esta doctrina la STS 21 de diciembre de 2016 (ROJ:STS 5534/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5534 )- en los siguientes términos:

*a) Subjetivamente, debe analizarse si ha existido un previa relación nociva de donde pueda deducirse que el testimonio de la víctima responde a motivos espurios.*

*b) Objetivamente, debe constatarse si lo declarado por la víctima denunciante es creíble en sí mismo, esto es, se trata de la narración de algo que se sostiene en su estructura racional, algo que se ha venido también llamando verosimilitud de lo expuesto como relato histórico de lo acontecido.*



c) *Temporalmente, debe contar con cierta proximidad y reiteración, de tal modo que no se trate de un relato perdido en el tiempo, que impida la defensa de tales imputaciones por parte del denunciado; tampoco se trata de la mimética repetición de lo acontecido como si de un disco rayado se tratara.*

c) *Formalmente, ha de haber sido corroborado mediante marcadores objetivos, interrelacionados, y externos a la víctima. Y tales corroboraciones, no lo son: a') la confesión a otros de lo que la ofendida les cuenta, sean familiares más o menos próximos o amigos, pues eso nada corrobora sino que supone la misma expresión de su repetición; b') los dictámenes periciales de credibilidad de la víctima menor, pues estos informes lo que evalúan es su potencial capacidad de fabulación, no la realidad misma de lo que narra la persona informada.*

Aunque es preciso matizar, con la STS de 30-5-2012 (ROJ: STS 3980/2012 ) que *no es que una testifical que supere ese triple filtro deba ser tenida como válidamente inculpatoria. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera tendría que ser desestimado a limine como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará en principio atendible, y, por tanto, cabría pasar -en un segundo momento- a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para tratar de confirmar la calidad de los datos.*

Antes de continuar, cabe recordar que el Tribunal Supremo establece una cautela reforzada en el caso del testimonio de los niños, así, por todas, se cita la STS de 21-11-2003, (ROJ: STS 7377/2003 ), en la que puede leerse en relación con el testimonio de los niños:

*Como es sabido, la psicología del testimonio en tanto que disciplina científica goza hoy de un notable desarrollo, merced en gran parte al trabajo de campo realizado en torno a la experiencia jurisdiccional. Fruto de ese desarrollo cultural es un buen conocimiento de los diversos riesgos de desviación y consiguiente pérdida de objetividad que gravan la prueba testifical. Entre los que, en el caso de los niños, se cuenta muy especialmente el derivado de la fácil sugestionabilidad, en función de las circunstancias personales y de entorno, la marcada apertura a influencias externas recibidas por vía de autoridad o de afectos, y la proclividad a la reelaboración inducida de los contenidos de memoria, tanto mayor cuanto más numerosas sean las ocasiones en que se vuelve sobre ellos en conversaciones o interrogatorios sucesivos.*

Y además, como declara el Tribunal Supremo con reiteración (por todas, la antes citada ROJ: STS 3980/2012, de 30-5-2012 ), *el juicio sobre la prueba no admite excepciones por la tipología de los delitos, de modo que si en su comisión es habitual que no haya testigos, como sucede en los delitos de naturaleza sexual, no decae o se degrada el derecho a la presunción de inocencia, que se mantiene con las mismas características que en cualquier otro delito.*

**2º.2-** En el caso enjuiciado, el principal elemento de cargo es la declaración de la menor Rosario . Fue objeto de análisis en los informes finales de las acusaciones, que consideraron reunía las características que la hacían creíble objetiva y subjetivamente, destacando además que la prueba pericial la consideraba verosímil y creíble.

En sentido contrario, la defensa valora que la declaración de Rosario no supera el criterio de la ausencia de incredibilidad subjetiva porque concurren móviles espurios, de tipo económico, relativos a la compra de un teléfono nuevo, que su padre le niega por su elevado coste.

Además falla la declaración en el lado de la verosimilitud, por ser un relato corto y breve. Conforme refleja el informe del Hospital, es un relato dirigido por la madre, que lo manipula. Por otro lado, carece de referencias sobre fechas, No concreta nada en ese sentido, no recuerda realmente. Por primera vez, en la vista, sale el tema de los vómitos, que no considera acreditado al producirse la primera manifestación en la vista oral. El testimonio de Rosario , al ser tan breve y parco, y no ser espontáneo, pierde credibilidad.

Siempre según el informe de la defensa en su valoración de la prueba, la madre de la menor ha incurrido en contradicciones en su declaración, en el sentido de no aclarar si sospechaba o no que estaba sucediendo algo. Por otro lado, Natividad ha mentido sobre si llegó cuando ya estaba la madre en casa, pues Natividad llegó a las 22 y su madre todavía a las 23:50 no había llegado a la casa.

Considera que es un hecho normal que duerman padre e hija en la cama, y que si duermen como la misma niña dice *¿espalda con espalda-* sencillamente los hechos no pudieron suceder. No es creíble el relato de la niña, y tampoco se puede valorar ningún elemento de persistencia pues solo hubo una declaración.

**2º.3-** En opinión del Tribunal, el testimonio de Rosario cumple el criterio de la credibilidad subjetiva, no encontrando en él móviles espurios o de venganza. En este sentido, no valoramos como tales la referencia constante al deseo reiterado a su padre por la niña, de adquirir un móvil de precio elevado, a lo que su padre se negaba.

Pero no resiste el análisis de la credibilidad objetiva, pues es sumamente parco y escasamente espontáneo, y sobre todo, no cuenta con elementos externos de corroboración.



La exploración de la menor es el momento fundamental que el Tribunal tiene en cuenta. Fue practicada como prueba preconstituida en presencia del Juez Instructor y de las partes y se reprodujo en el acto del juicio oral. Dirigió el interrogatorio un psicólogo del equipo psicosocial judicial de Bilbao, que luego elaboró el informe obrante en las actuaciones.

Dicho informe parte de la obtención de una muestra ¿declaración de la niña- mediante una metodología que tiene en cuenta la edad de la menor y trata de contextualizar el relato mediante la distinción verdad/mentira, y la determinación de la sugestionabilidad de la persona que presta el testimonio. Valora especialmente las partes espontáneas del relato, la riqueza de detalles, de interacciones subjetivas, construcción lógica y coherencia.

Tras explicar todos estos aspectos, la conclusión del informe es que *se aprecia un testimonio metodológicamente válido y con contenidos e indicadores de credibilidad válidos, si bien de escasa abundancia.*

El Tribunal, dentro del testimonio de Rosario , que como decimos nos parece subjetivamente verosímil, encuentra aspectos de tan escasa densidad probatoria, de carácter incriminador, que no permiten construir una convicción de culpabilidad que supere el estándar de *más allá de toda duda razonable* .

En efecto, la declaración de Rosario se produce sin apenas referencias temporales, más allá de establecer el momento en que los hechos comienzan: *cuando le pusieron gafas* (dato que le sirve de referencia, 3 años atrás desde el momento de la denuncia). El punto final es antes del comienzo del curso, con cierta indeterminación, y aunque ha vuelto a pasar fines de semana con su padre, no se han producido, en estos últimos, más tocamientos.

La referencia de contenido sexual es simple y al mismo tiempo confusa. Simple en cuanto a que los tocamientos parecen ser siempre en los mismos términos (la vulva y las tetas) y confusa en cuanto que refiere un primer momento al acostarse en que se producen, y luego de madrugada, en que nuevamente le infiere actos de contenido sexual con el mismo proceder. No hay mayor detalle, ni es posible agregar diferenciación que se salga de estos estrictos términos, obtenidos no en relato espontáneo sino en respuesta siempre a preguntas que van abriendo el camino al relato.

No aparecen datos objetivos que, de forma indirecta o directa, otorguen anclaje a los hechos en la realidad. Nada notó la madre, ni consta que la niña lo relatara a nadie ¿ella, de hecho, dice que no se lo contó a nadie-, iba bien en los estudios, no aparecen datos posteriores de estrés postraumático, no consta que no quisiera ir con su padre casi todos los fines de semana. En este sentido, las referencias a los trastornos digestivos (que sí fueron puestos de manifiesto con anterioridad en la declaración judicial de Dña. Eulalia ) son inespecíficas y se quedan en dicho testimonio, sin explicación ni prueba material de contenido ni de causalidad; además, desaparecieron sin dejar rastro mientras el supuesto abuso se seguía produciendo.

Por otro lado, aparecen datos que sugieren que podría haberse producido una contaminación en el testimonio de Rosario que la Sala no puede descartar.

Se da la circunstancia de que la hermana mayor de Rosario , Natividad , hija solo de Dña. Eulalia , tiene denunciado un episodio de abuso por parte del acusado, en el que al menos una vez fue testigo la propia madre. Ambas, madre e hija, aseguran que nada le dijeron a Rosario de ese posible abuso, pero no es descartable que la niña pudiera haberlo conocido, directa o indirectamente, o que hubiera oído hablar de él.

Del mismo modo, justo el día en que se produce la comunicación a la madre, Natividad está en casa aunque afirma que cuando llegó ya estaba su madre con la niña, lo que ciertamente resulta incongruente con los datos que aparecen objetivados en autos, ya que (i) la niña dice que su hermana estaba en casa y (ii) la propia Natividad manifiesta que llegó a la casa a las 22, hora en que consta que la madre no estaba todavía.

Esto es importante. En el cuadro probatorio presente, con tan precario contenido incriminador, los momentos en que Rosario toma la decisión de comunicar los hechos a su madre, y lo que rodea su ejecución, deben quedar claramente establecidos. Eso no sucede en el caso. No encontramos razón que explique la contradicción existente entre si estaba o no en la casa la hija mayor, y este contexto inseguro no deja de producir dudas sobre lo realmente sucedido en el entorno inmediato de la decisión de Rosario de comunicar a su madre los hechos.

Por todo ello, por la escasa materia analizable desde el punto de la credibilidad objetiva, la imposible corroboración del testimonio con elementos externos, y las dudas que aparecen en momentos trascendentes, al tomar la menor la decisión de comunicar el hecho a su madre por parte de Rosario , de modo que no podemos descartar la contaminación de su testimonio, procede la libre absolución de D. Isaac .

**SEGUNDO.-** La sede de la argumentación del Tribunal ha sido la de evaluación del material probatorio aportado a la Causa, en especial, del practicado en el acto del juicio oral.





La conclusión negativa se basa en los estándares propios del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Por tanto, el campo de actuación de la labor realizada por el Tribunal remite a la valoración de la prueba como no suficiente para enervar dicho derecho fundamental.

La necesidad de defender la indemnidad sexual de los menores, intensamente sentida por la sociedad, no puede llevarse a cabo a costa de devaluar el estándar de evaluación probatoria, en particular, en el campo de la exigencia de verosimilitud y corroboración objetiva, en la forma que se ha venido analizando en esta resolución.

Por otro lado, al no quedar acreditados los hechos en opinión del Tribunal, no procede pronunciarse sobre su calificación jurídica.

**TERCERO.-** Se declaran de oficio las costas procesales causadas.

Vistos los artículos citados

### FALLAMOS

ABSOLVEMOS LIBREMENTE A D. Isaac del delito continuado de **ABUSO SEXUAL A MENOR DE 16 AÑOS POR EL QUE LE ACUSABAN EL MINISTERIO FISCAL Y LA ACUSACIÓN PARTICULAR.**

Se declaran de oficio las costas procesales 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/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el día veintiocho de marzo de dos mil diecinueve, de lo que yo el Secretario certifico.