



Roj: **SAP SS 903/2019 - ECLI: ES:APSS:2019:903**

Id Cendoj: **20069370032019100172**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **3**

Fecha: **11/07/2019**

Nº de Recurso: **3010/2017**

Nº de Resolución: **155/2019**

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

Ponente: **JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN TERCERA - UPAD
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA - ZULUP**

SAN MARTIN, 41-2ª planta - CP/PK: 20007

TEL. : 943-000713 **FAX** : 943-000701

NIG P.V. / IZO EAE: 20.05.1-16/010734

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.43.2-2016/0010734

Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 3010/2017 - A

Atestado n.º / Atestatu-zk. :

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea* : ABUSOS SEXUALES A MENOR (Violencia doméstica) / (Etxeko indarkeria)

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de Instrucción nº 1 de Donostia - UPAD Penal / Donostiako Instrukzioko 1 zenbakiko Epaitegia - Zigor-arloko ZULUP Sumario / Sumarioa 2164/2016

Contra / *Noren aurka* : Romeo

Procurador/a / *Prokuradorea* : ROSARIO SANCHEZ FELIX

Abogado/a / *Abokatua* : ROSA MARIA CAÑAS URBIZU

Rosario en calidad de ACUSADOR PARTICULAR y Santiago en calidad de ACUSADOR PARTICULAR

Abogado/a / *Abokatua*: EDUARDO FRANCISCO BEITIA FERNANDEZ y Abogado/a / *Abokatua*: EDUARDO FRANCISCO BEITIA FERNANDEZ

Procurador/a / *Prokuradorea*: MARIA ZABALETA D ANJOU y Procurador/a / *Prokuradorea*: MARIA ZABALETA D ANJOU

SENTENCIA N.º 155/2019

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS.

D./D.ª JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL

D./D.ª MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

D./D.ª JORGE JUAN HOYOS MORENO

En DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN, a once de julio de dos mil diecinueve.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa-Sección Tercera, constituida por los Sres. Magistrados/as arriba expresados, ha visto en juicio oral y público el Rollo Penal Ordinario 3010/17 dimanante del Sumario nº 2164/16 remitido por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Donostia/San Sebastián, por delito de abusos sexuales a menor



contra D. **Romeo** , representado por la Procuradora D^a Rosario Sánchez Félix y defendido por la Letrada D^a Rosa M^a Cañas Urbizu. Como acusación particular Rosario y Santiago , representadas por la Procuradora D^a. María Zabaleta DAnjou y asistidas por el Letrado D. Eduardo F. Beitia Fernández, siendo parte el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción pública, representado por D^a. Marte Olloqui.

Ha sido Ponente de esta causa la Magistrada JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales, calificó los hechos como :

"Los hechos relatados son constitutivos de un DELITO CONTINUADO DEL ART 183.1 Y 3 del Código Penal .

Del anterior delito es responsable en concepto de AUTOR el acusado.

NO CONCURREN CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS.

Procede imponer al procesado Romeo LA PENA DE prisión de 12 AÑOS e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como el pago de las costas causadas.

Romeo debe indemnizar en concepto de responsabilidad civil a Santiago en la cantidad de 4000 euros."

SEGUNDO.- La acusación particular en su escrito de acusacion refiere que los expresados hechos son constitutivos de:

"UN DELITO CONTINUADO DE ABUSOS SEXUALES A MENOR del art. 183 del Código Penal .

De los expresados hechos responde en concepto de autor el acusado D. Romeo .

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Procede imponer al procesado D. Romeo las penas de:

¿ DOCE AÑOS (12) de prisión.

¿ Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

¿ Costas y en concepto de responsabilidad civil la cantidad de 6.000 Euros."

TERCERO.- La defensa del acusado, en escrito de conclusiones provisionales, solicita la libre absolución con todos los pronunciamientos a su favor.

CUARTO.- En el acto del juicio oral que tuvo lugar el día 20 y 21 de mayo de 2019, se han practicado como pruebas el interrogatorio del acusado, testifical, pericial y documental y se han seguido las prescripciones y formalidades legales.

HECHOS PROBADOS

Probado y así se declara que Romeo , mayor de edad y sin antecedentes penales , inició con fecha octubre del año 2.015 una relación sentimental y de convivencia con Rosario .

Con los mismos , también , convivía la hija de la Sra Rosario , Santiago .

Que en el año 2.016 todos ellos convivían en el piso NUM000 de la CALLE000 n^o NUM001 de la localidad de DIRECCION000 y la hija tenía a la sazón ocho años de edad.

Que no ha quedado acreditado que en el período comprendido entre marzo y el mes de noviembre del citado año , cuando se quedaba el Sr Romeo al cuidado de la menor , que en la cama de matrimonio de la vivienda , tras desnudarse y desnudar a la menor de cintura para abajo tocara a la menor en sus partes genitales ni que le solicitara a esta que le tocara el pene y se lo introdujera en la boca.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

La sentencia del TS 640/2015, de 30/10/2015 , al analizar el derecho a la presunción de inocencia recordó que " El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección



de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales , y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia por otra efectuada por un Tribunal que no ha presenciado la prueba.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada. Y de otro lado, salvo que se aprecie la existencia de un razonamiento arbitrario o manifiestamente erróneo, no es posible prescindir de la valoración de pruebas personales efectuada por el tribunal que ha presenciado directamente la práctica de las mismas."

Es más, se ha calificado jurisprudencialmente como situación límite de riesgo para el derecho constitucional a la presunción de inocencia la pergeñada en torno a un cuadro probatorio en el que la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. Incluso se ha definido este riesgo de extremo si la supuesta víctima ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador, y, por ello, basta 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. (véase a este respecto la STS de 30 de abril de 2009).

Ello no significa, sin embargo, que la declaración de las víctimas sea un medio probatorio inhábil para corroborar la hipótesis acusatoria. La jurisprudencia es conteste respecto a tal idoneidad (por todas, SSTS de 11 y 17 de febrero de 2009). Lo que exige, más bien, es extremar el rigor en la comprobación de los criterios que fundan argumentalmente la credibilidad de la fuente de prueba y la fiabilidad de lo narrado por la fuente de prueba.

La credibilidad se anudará a la ausencia de móviles de resentimiento o interés que priven a la fuente de la aptitud subjetiva necesaria para generar certidumbre, así como a la existencia de una persistencia en la incriminación que, dada la ausencia de contradicciones injustificadas o ambigüedades extremas, refleje un discurso que responde a patrones externos de veracidad.

La fiabilidad precisará una especificidad en los datos ofrecidos y una validación externa de los mismos a través de otras fuentes de prueba, de forma que el testimonio sea confirmado o corroborado por algún elemento exógeno debidamente probado.

El testimonio de las presuntas víctimas puede, en el caso concreto, carecer de la energía probatoria precisa para enervar la presunción de inocencia , ora porque recoja un relato inverosímil (vacío probatorio), ora porque refiera un relato verosímil no demostrado o acreditado (insuficiencia probatoria). Para fijar el peso probatorio de lo declarado por las afirmadas víctimas hay que insertar lo declarado en un contexto específico -el conformado por el cuadro probatorio- que permite contrastar la calidad de lo narrado a la luz de la información procedente del resto de las fuentes de prueba (STS de 21 de mayo de 2009). En ningún caso será suficiente, como si de una prueba legal tasada se tratara, verificar la concurrencia de los criterios implementados en sede jurisprudencial (credibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y corroboración periférica) para calibrar la fiabilidad de lo relatado por las afirmadas víctimas . En palabras de la STS de 10 de abril de 2007 : no es que el contenido de una testifical que supere ese triple filtro deba ser tomada como válidamente inculpatoria. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera tendría que ser desestimado a línime 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 confirmar la calidad de los datos. En sintonía con este discurso la STS de 21 de mayo de 2009 concluye que:" (...) resulta de lo más obvio que quien hubiera presenciado una acción de posible relevancia penal goza, al menos en principio, de aptitud para testificar sobre ella. Aunque esto no suponga que lo que pudiera aportar tenga que traducirse en efectiva prueba de cargo contra el afectado; pues esa posible eficacia dependerá de la calidad del testigo y de la del testimonio , que, por eso, habrán de ser objeto de valoración explícita. El contenido del segundo, además, en el contexto del resto de la información probatoria, que pudiera contribuir a corroborarlo o a desvirtuarlo".

SEGUNDO.-CALIFICACIONES JURIDICAS:



Por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular se califican los hechos como un delito continuado de abuso sexual de menor de edad sancionado en el art 183-1 y 3 del C.Penal que expresamente previene que:" 1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años".

Y en la número 3 que:" Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2".

En concreto por entender que concurre prueba suficiente de cargo de que se produjeron hechos de masturbación y penetración bucal que no dejan evidencias físicas , de la declaración de la víctima que revela los hechos a la amiga Ofelia , al profesor y al médico forense , al igual que en la comisaria a la agente , así como la relevancia que ha de darse al gesto que esta describe , de la exploración como prueba preconstituida , que ha de prevalecer el informe de credibilidad de la menor de la Sra Rocío frente al efectuado por las peritos de la Defensa sobre la base del visionado de la prueba preconstituida , careciendo de influencia el informe aportado en el acto del juicio del Sr Mauricio en cuando a la realidad de los hechos.

Por su parte , la Defensa solicita la libre absolución no hay prueba de cargo , carece de antecedentes penales ni policiales con una edad cercana a los 40 años , se presenta voluntariamente , da su consentimiento a la entrada y registro de la vivienda para sus ropas y de la niña y enseres de la casa , sin presencia de abogado, también permite el acceso a los teléfonos y aparatos electrónicos de la casa cuando los pedófilos normalmente tiene archivos en los dispositivos que utilizan.

En las muestras no se detecta semen humano no hay perfil genético masculino alguno en la ropa de la menor.

Tampoco haya archivo alguno ni en los móviles ni ordenadores examinados.

Respecto a la prueba de cargo el informe de la Sra Rocío no constata conducta sexual inapropiada alguna , en la prueba preconstituida la menor no dice nada ,que unos días antes de la denuncia la niña comenta o se comenta que una vecina de su edad y con la que juegan en el parque dicen que habían visto en internet como se follaba y dos días después en el patio dice la menor que el marido de mi madre me folla.

En pediatría da otra versión.

Ha habido muchas versiones a lo largo de las exploraciones de la menor , la niña no tiene conducta anómala ni síntoma de haber sido abusada en el momento inmediatamente , en el curso de un delito continuado , de una situación mantenida en el tiempo , no se ha acreditado por la acusación que la menor haya tenido afectación psicológica alguna.

Que el acusado no era el encargado del cuidado de la menor y trabajaba por la mañana y tarde , los que cuidaban a la menor los abuelos maternos y se quedaban con la niña el venía a las seis de la tarde , la madre al dentista a la cinco de la tarde , la madre en el embarazo estaba de baja y el acusado trabajaba de mañana y tarde , solo mañana antes de cambiar de piso.

Que en relación a la pericial psicológica las pruebas de CBCA Y SVA estan bastante en desuso y bastante limitadas y la psicóloga forense parte de criterios sin tener un relato espontáneo.

TERCERO.- TIPO PENAL:

Los tipos penales antes mencionados , art 183-1 y 3 del C.Penal castigan la realización de actos de carácter sexual sobre menor de 16 años, sin violencia, sin intimidación, sin que medie consentimiento, incluyendo el acceso, en este caso, por vía vaginal.

El delito de abuso sexual se define como la realización de actos atentatorios a la indemnidad o libertad sexual de otra persona, sin violencia ni intimidación y sin el consentimiento de esta última, y presenta tres modalidades de conducta : La primera o tipo básico consiste en el abuso sin consentimiento y sin violencia o intimidación. La segunda, es el tipo cualificado, cuando el sujeto pasivo es menor de 16 años o persona privada de sentido o con abuso de su trastorno mental; y la tercera cuando el consentimiento viene viciado por la situación de prevalimiento.

Siendo el bien jurídico protegido no solo la expresada libertad sexual , sino que también han de tenerse muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad e integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la formación necesaria para poder ser considerada verdaderamente libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.



La sentencia del T.S. de 14 de julio de 2.016 recoge que : " El tipo básico viene caracterizado por la jurisprudencia por la concurrencia de los siguientes elementos : a) Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual , en principio sin que represente acceso carnal. b) Ese elemento objetivo puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de consentir libremente. c) Un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuricidad la conducta y que se expresa en el clásico "ánimo libidinoso" o propósito de obtener una satisfacción sexual . "

El elemento subjetivo, por tanto, dice la sentencia del T.S. de 18 de noviembre de 2014 : " exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica a su vez la conciencia de afectación del bien jurídico. Tradicionalmente se ha requerido la concurrencia de un ánimo tendencial consistente en el llamado ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual . Generalmente, tal ánimo concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente lo que la explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido. En esos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo , pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que será suficiente con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Ello sin perjuicio de que este aspecto venga acreditado cuando de los hechos resulte la concurrencia de aquél ánimo, pues de ser así, el conocimiento antes mencionado será evidente".

Es decir, la doctrina jurisprudencial del Supremo Tribunal ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en si mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviere el autor de la acción (sentencia del TS 22 de junio de 2.016).

CUARTO.- PRUEBA EN EL JUICIO:

En el presente juicio , en el plenario se ha practicado la siguiente prueba:

- .- interrogatorio del acusado.
- .- declaración de la menor como prueba preconstituida.
- .- testigos de referencia:
 - .- la madre de la menor .
 - .- el profesor , tutor de la menor .
 - .- la médico forense.
 - .- agente de la Ertzaintza .
 - .- profesora de refuerzo.
 - .- pericial de credibilidad de la menor , Sra Rocío y las Sras Elisabeth y Edurne .
- .- documental:
 - .- actas de inspección de la vivienda.
 - .- fotografías de la vivienda.
 - .- análisis del contenido de los móviles y ordenadores.

QUINTO.- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE LA DISTINTAS PRUEBAS:DECLARACIÓN DE LA MENOR:

Con carácter previo a analizar y valorar la prueba antes mencionada debiera de efectuarse un examen de la concreta naturaleza de las distintas pruebas practicadas comenzando por la prueba de cargo principal que sera la declaración de la menor y en este punto reseñar que la misma se practicó en el juicio como prueba preconstituida.

Lo que implicara examinar la doctrina y jurisprudencia exsistente en torno a la misma.

En sentencia del T.S. de 14 de octubre de 2.014 expone que:"Esta cuestión ha sido ya abordada por esta Sala en otros precedentes, sentando una doctrina jurisprudencia que se recoge en la STS. 470/2013 de 5.6 y que parte en que la doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta Sala imponen la exclusiva validez de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral a los efectos de enervar la presunción constitucional de inocencia,



pero admiten determinadas excepciones que, con carácter general, exigen el cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos.

Esta doctrina ha sido ratificada, de modo reciente, en la STC de 28 de febrero de 2013 y en la STS 220/2013, de 21 de marzo, que consideran que es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

En concreto, se condiciona la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos, clasificados como: a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECriminal, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral.

Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski EDJ 1989/12025; 15 de junio de 1992, caso Lüdi; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen otros).

Como el Tribunal de Estrasburgo ha declarado (STDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà), "los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6º del Convenio cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario".

Nuestra Jurisprudencia (SSTS 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras) admite esta forma de reproducción del testimonio del menor, apoyándose para ello en la normativa internacional, aceptada por España, que autoriza la ausencia del menor en el proceso penal en casos de delitos contra su libertad sexual, sin que ello suponga "per se" una vulneración del art. 14 PIDC P o del art. 6.3.d) CEDH, en lo relativo al derecho de todo imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él.

Esta línea interpretativa encuentra su refrendo en la Convención de Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991 (art. 96.1 C E), así como en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15/03/2001 (arts. 8 y 15), posición que a su vez viene avalada por nuestro art. 39 4º C E ("los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos").

Incorporando así dicha normativa internacional a nuestro ordenamiento procesal, la más moderna jurisprudencia, ya citada, opta por una ampliación del criterio de "imposibilidad" de testificar en el juicio oral de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECrim EDL 1882/1 (procedimientos ordinario, abreviado y urgente, respectivamente), de conformidad con la cual, junto a los obstáculos materiales para la realización del testimonio, habrán de ser incluidos también aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, de forma que, en estos supuestos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aquellos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley (STS 743/2010, de 17 de junio).

De hecho, dicho valor ha sido incorporado a nuestro Derecho positivo a través de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo art. 11. 2 menciona como principios rectores de la actuación de los poderes públicos "la supremacía del interés del menor" (apartado a)) y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal" (apartado d)), a lo que se añade en el art. 13. 3 que en las actuaciones de protección "se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor".

Es más, en su art. 17, la propia LO contempla el mandato de que "en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por Ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le



asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia".

Como recuerda la STS 96/2009, de 10 de marzo, antes citada, el art. 3. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés supremo del niño".

En idéntica dirección apunta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su Sentencia de 16 de junio de 2005 (asunto C-105/200 3, conocido como "caso Pupino", en el que la víctima era una niña de tan sólo cinco años de edad) cuando declara que la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15/03/2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal (que preveía su incorporación al Derecho interno de cada Estado antes del 22/03/2002), debe interpretarse en el sentido de que "el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta".

Efectivamente, así parece desprenderse principalmente del art. 2. 2 de la Decisión ("Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación"), del art. 3 ("Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal") y del art. 8. 4 ("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").

El órgano jurisdiccional estará, pues, obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y finalidad de dicha Decisión Marco, pues las Decisiones son vinculantes, siendo evidente el indudable alcance e incidencia de esta concreta Decisión en casos como el que nos ocupa (STS 743/2010, de 17 de junio).

A tenor de dicha STJUE, es asimismo deber de los Tribunales interpretar la normativa interna ajustándose a los términos de las Decisiones Marco (apartados 33 y 34 STJUE y punto 36 de las conclusiones), con el único límite del respeto a los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas sancionadoras o no favorables, quedando proscritas las interpretaciones "contra legem", que no pueden cobijarse en la mencionada regla (apartados 44 y 47 de la sentencia).

Como recuerda la citada STS núm. 96/2009, de 10 de marzo, el asunto "Pupino" viene a reconocer por vía interpretativa un efecto directo a las Decisiones Marco, al tener en última instancia el Juez nacional que dar efectividad a sus determinaciones, con los límites citados y no obstante el silencio, las ambigüedades o las oscuridades que puedan afectar al sistema jurídico interno (STS 743/2010, de 17 de junio).

En la muy reciente STS 19/2013, de 9 de enero, se reitera que "atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), hemos apuntado que nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia constitucional y de esta Sala que lo interpreta -STS 80/2012, 10 de febrero y STC 174/2011, 7 de noviembre, entre otras- no son ajenos a estas necesidades".

"Así, a través de los arts. 433, 448, 455, 707, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECrim EDL 1882/1, es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio".

Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (SSTEDH caso P. S. contra Alemania; caso W. contra Finlandia; caso D. contra Finlandia), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral.



En la delimitación precisa de cuales hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, en la que señala "... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior". Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse.

En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del TEDH que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior.

De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.

Asimismo la STS 925/2012, 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 muy 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)".

(...) Como se ha argumentado por los especialistas, no se trata solo 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)".

Podemos concluir, en suma, con la reciente STS 19/2013, de 9 de enero, que nuestra jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico".

Asimismo la STS 925/2012, 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 muy 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)".

(...) Como se ha argumentado por los especialistas, no se trata solo 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)".

Podemos concluir, en suma, con la reciente STS 19/2013, de 9 de enero , que nuestra jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico.

- En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado, (la exploración por expertos en caso de menores de corta edad no solo resulta adecuado para su protección sino que también lo es para fortalecer la fiabilidad de sus manifestaciones, pues la intermediación del experto puede disminuir el impacto emocional de la entrevista al tiempo que favorecer la adecuación del lenguaje utilizado a su comprensión lingüística); puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar su desarrollo y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. Conocer la existencia de la exploración, acceder a su contenido mediante su grabación audiovisual y tener la posibilidad procesal de cuestionarla, durante su realización o en un momento posterior (ya sea en fase de investigación o en el juicio oral) indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera debe ser interrogados, son las tres claves de la contradicción debida en estos casos, pues no cabe olvidar que la contradicción que es posible ejercer en cada caso "se articula atendiendo a las peculiaridades de la prueba de que se trate" (STC. 155/2002 de 22.7)".

SEXTO.- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA:TESTIGO DE REFERENCIA:

También ha de señalarse que el testimonio de la madre , de la forense del testigo , el maisu , son testigos de referencias.

Al respecto la STS. 1251/2009 de 10.12 , hemos recordado como el Tribunal Constitucional "la doctrina de este Tribunal sobre el testimonio de referencia puede ser uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria. Pero, como se ha declarado reiteradamente, se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia.

Partiendo de esta base hemos dicho que la validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba (SSTC



217/1989, de 21 de diciembre ; 97/1999, de 31 de mayo ; 209/2001, de 22 de octubre ; 155/2002, de 22 de julio ; y 219/2002, de 25 de noviembre).

Esta es también la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S TEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta ; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò ; y de 26 de abril de 1991, caso Asch).

Tal como textualmente afirmamos en la STC 155/2002, de 22 de julio , de un lado, incorporar al proceso declaraciones testimoniales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (STC 97/1999, de 31 de mayo ; en sentido similar, SSTC 217/1989, de 21 de diciembre ; 79/1994, de 14 de marzo ; 35/1995, de 6 de febrero y 7/1999, de 8 de febrero).

De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (específicamente STC 131/1997, de 15 de julio ; en sentido similar, SSTC 7/1999, de 8 de febrero y 97/1999, de 31 de mayo) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (TEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta).

El recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado, por lo tanto, a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (SSTC 79/1994, de 14 de marzo ; 68/2002, de 21 de marzo ; 155/2002, de 22 de julio y 219/2002, de 25 de noviembre).

Y los supuestos en los que hemos declarado la existencia de esta imposibilidad real y efectiva han sido aquéllos en los que el testigo se encuentra en ignorado paradero, es decir los casos en los que es imposible citar al testigo directo (STC 35/1995, de 6 de febrero), aunque también hemos incorporado los casos en los que la citación del testigo resultaba extraordinariamente dificultosa (STC 209/2001, de 22 de octubre)".

Como indica la STS núm. 53/96, de 30 de enero, rec. 564/95 -en un supuesto en que el menor, víctima también de agresión sexual, tenía unos 7 años de edad, había declarado en el sumario y el Ministerio Fiscal había solicitado que se ratificara en la Vista- "no se discute la validez de los testigos de referencia, pero su inclusión entre el material probatorio hay que realizarla con cautela y siempre a expensas de que su testimonio pueda y deba ser contrastado con el testigo directo cuando su presencia, como sucede en el caso presente, es perfectamente factible a nada que se hubieran tenido en cuenta las peticiones del Ministerio Fiscal suficientemente conocidas por la Sala sentenciadora".

La STS núm. 429/02, de 8 de marzo , con relación a un supuesto en que la víctima tenía 3 años y medio y la STS núm. 1229/02, de 1 de julio , en que las dos víctimas tenían 6 y 4 años, expusieron que el hecho de que a una persona se la declare culpable de un delito sobre la base de las declaraciones inculpativas de testigos de referencia y no presenciales da lugar a una de las situaciones más delicadas que pueden ser imaginadas en el proceso penal.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que sólo puede entenderse desvirtuada mediante una prueba de cargo apreciada por el Tribunal competente en el acto del juicio oral y, por tanto, en condiciones de inmediación, el testimonio de referencia tropieza con la lógica dificultad que supone para el Tribunal formar juicio no sólo sobre la veracidad del testigo de referencia sino sobre la del testigo presencial en cuya lugar aquél se subroga.

Ello no obstante, la doctrina constitucional ha admitido la posibilidad de que la prueba testimonial indirecta sustituya excepcionalmente a la directa, con la posibilidad de que su valor probatorio sea apreciado por el Tribunal, cuando se acredite la imposibilidad material de que comparezca en el juicio oral el testigo presencial".

Y en la sentencia núm. 429/2002 claramente se hacía hincapié en que, "la excepcional admisibilidad de que, en supuestos como el presente, los testimonios de referencia puedan sustituir a los directos debe ser entendida como resultado del difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente reprobables.

En la persecución de aquel equilibrio los tribunales deben ser muy rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias que justifican la sustitución de unos testimonios por otros, sino también en la crítica de los referenciales y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito".

Sin embargo, aquéllas sentencias, aún reconociendo que no podría decirse que fuese materialmente imposible la comparecencia de los menores ofendidos ante el Tribunal, vinieron a reconocer que concurría una causa de imposibilidad legal ponderada prudencialmente por el Tribunal de instancia.



En el supuesto de autos , como exponente de esta doctrina se concluire que la prueba testifical , prueba de referencia en modo alguno puede suplantar la prueba directa , aun en el caso de que nos hallemos ante una menor.

QUINTO.- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DEL TESTIMONIO DEL MENOR EN SEDE POLICIAL:

También consta la declaración de la menor en dependencias policiales ,por lo que se refiere a la declaración de la menor en la comisaria señalar que en la sentencia del T.S. de 29 de abril de 2.019 expone que:"Valor probatorio de las declaraciones de las menores ante la policía.

Ha sido una constante jurisprudencial la afirmación de que las declaraciones prestadas ante la policía, su grabación audiovisual o su documentación por escrito carecen de valor probatorio alguno, porque no han sido realizadas a presencia judicial. Sólo en el caso de que hayan sido ratificadas a presencia judicial y con intervención de las partes, pueden acceder al juicio oral, bien por el cauce del artículo 730 de la LECrim , en el caso de que el declarante no pueda comparecer en juicio, bien por el cauce del artículo 714 del mismo texto legal , cuando se aprecien contradicciones entre lo declarado en fase sumarial y lo declarado en el juicio. Las declaraciones prestadas en sede policial sin intervención judicial, cuando no han sido ratificadas durante la fase de instrucción, ni siquiera pueden acceder al juicio a través de los testimonios de referencia de los agentes policiales que las tomaron o presenciaron.

En apoyo de estas manifestaciones citaremos la STC 68/2010, de 18 de octubre , en la que con meridiana claridad se indica lo siguiente:

"b) No obstante, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que "dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim" (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre , FJ 2 ; 303/1993, de 25 de octubre , FJ 4 ; 79/1994, de 14 de marzo , FJ 3 ; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5 ; 188/2002, de 14 de octubre , FJ 2).

Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción (SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3 ; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5 ; 188/2002 , FJ 2).

Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial. Así, en laSTC 79/1994, ya citada, manifestamos que "tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que "las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales" (STC 217/1989). Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria" (FJ 3).

La citada doctrina ha sido confirmada por lasSSTC 51/1995, de 23 de febrero, y206/2003, de 1 de diciembre. En tales resoluciones afirmamos que "a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo" (STC 51/1995 , FJ 2) [...] Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial" (SSTC 51/1995 , FJ 2 ; 206/2003 , FJ 2 d)[...]).

Esta línea jurisprudencial fue objeto de matizaciones en dos sentencias posteriores.

En la STC 165/2014, de 8 de octubre , el máximo intérprete constitucional mantuvo que una declaración policial que sea contradicha posteriormente ante el juez puede justificar la llamada de los agentes para que aclaren el desarrollo y contenido de la declaración. Se afirmó que para que la declaración policial tuviera valor debían comparecer a juicio los agentes para su ratificación y que podía ser incorporada como prueba documental



por la vía del artículo 714 de la LECriminal , en caso de contradicción entre lo declarado ante la policía y lo declarado en el juicio.

En la STC 85/2015, de 2 de marzo , se otorgó cierto valor a las declaraciones auto inculpatorias prestadas por el investigado ante la policía. Esta línea jurisprudencial, que no puede sin más aplicarse a los testimonios de cargo, podría ser de influencia a la hora de determinar con alcance más general el valor de los testimonios ante los agentes policiales. Pues bien, en esa sentencia se dijo que para valorar como prueba una declaración auto inculpatoria ante la policía se debía cumplir una triple exigencia: a) Constatar la regularidad de la declaración; b) Incorporarla al juicio con las garantías de publicidad y contradicción y c) La existencia de otras pruebas que corroboraran el contenido de la declaración policial.

Ante las dudas suscitadas por las nuevas sentencias del Tribunal Constitucional, esta Sala adoptó el 3 de junio de 2015 un Acuerdo no Jurisdiccional fijando su doctrina con el siguiente alcance:

"Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio.

No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECri m . Ni cabe su utilización como prueba preconstituída en los términos del art. 730 de la LECrim .

Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron".

Posteriormente la STS 447/2015, de 29 de junio , entre otras muchas, asumió la doctrina del Acuerdo no Jurisdiccional, que no ha sido modificada. Por su claridad citaremos algunos de los pasajes más relevantes para la cuestión que nos atañe.

Por su parte, esta Sala de casación ya recogió en las sentencias 1117/2010, de 7 de diciembre , 546/2013, de 17 de junio , y 715/2013, de 27 de septiembre , la referida doctrina de la sentencia 68/2010 del Tribunal Constitucional. En estas resoluciones se dijo que la declaración policial de un coimputado o de un testigo no ratificada después en la fase judicial de instrucción ni tampoco en la vista oral del juicio no puede operar como prueba de cargo, pues no cumplimenta los cuatro requisitos que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para poder valorar las diligencias sumariales en la sentencia como prueba inculpatoria.

Esta Sala señaló que la argumentación de la STC 68/2010 se consideraba razonable y coherente con su doctrina sobre las garantías en el proceso penal, pues en el derecho procesal moderno siempre se ha considerado que la investigación policial es una fase preliminar o preprocesal del auténtico proceso que poco tiene que ver realmente con este. Y es más, incluso se ha asumido que la fase de instrucción no integra el auténtico proceso, sino una preparación del mismo. Igualmente, se ha venido entendiendo sin discrepancias relevantes al respecto que las actuaciones policiales se practican en un marco extraprocesal en el que las garantías del justiciable aparecen constreñidas, por lo que los datos que se obtienen en una investigación policial carecen, salvo excepciones puntuales, de eficacia probatoria.

En efecto, desde la perspectiva garantista que adopta la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha fijado una línea fronteriza con importantes connotaciones valorativas entre lo que es el proceso penal y la investigación policial previa. Y es que la implicación de la policía en la investigación y el afán lógicamente inquisitivo con que opera en el ámbito extraprocesal ubica la labor policial lejos de los parámetros propios de la imparcialidad y la objetividad que han de impregnar el auténtico proceso, parámetros que el TC solo atribuye a la autoridad judicial (ver STC 68/2010 , ut supra).

Deben, por tanto, deslindarse de forma ostensible las diligencias que se practican en el marco de una dependencia policial y aquellas otras que tienen lugar en un juzgado de instrucción. Pues la dosis de constreñimiento y presión ambiental con que se realizan algunas diligencias en un recinto policial poco tienen que ver con las garantías con que se opera en el marco judicial propio del proceso penal. En este sentido, los profesionales que intervienen en el proceso son plenamente conscientes de los matices inquisitivos que albergan las diligencias policiales, ya sea por enfatizar los datos inculpatorios que afloran en la investigación en detrimento de los exculpatorios, ya por intervenir en algunos supuestos de forma activa en el resultado de la investigación a través de sugerencias y matizaciones que resultan incompatibles con las exigencias de objetividad e imparcialidad que requiere una diligencia que pretenda operar con eficacia probatoria en el juicio oral.



Pués bien, que en un contexto inquisitivo de esa índole (SSTC 136/1992 y 142/1997) se reciba una declaración policial a un imputado o a un testigo y, a la postre, esa diligencia acabe operando de forma sustancial como prueba de cargo en un juicio penal, contradice los principios sustanciales del proceso debido. Así las cosas, no puede extrañar que en la referida sentencia 68/2010 del Tribunal Constitucional se afirme que "tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase "preprocesal" que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía".

Esta Sala ha insistido en diferentes resoluciones, aparte de las ya citadas, en que toda sentencia que construya el juicio fáctico de autoría basándose en una declaración autoincriminatoria o heteroincriminatoria prestada en sede policial, se apartará no sólo del significado constitucional del derecho a la presunción de inocencia, sino del concepto mismo de "proceso jurisdiccional", trasmutando lo que son diligencias preprocesales -que preceden al inicio de la verdadera investigación jurisdiccional- en genuinos actos de prueba. La posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial (SSTS 483/2011, de 30-5 ; 234/2012, de 16-3 ; 478/2012, de 29-5 ; 792/2012, de 11-10 ; 220/2013, de 21-3 ; 256/2013, de 6-3 ; 283/2013, de 26-3 ; 546/2013, de 17-6 ; y 421/2014 , de 16-5 , entre otras).

Muy recientemente, al haberse dictado dos nuevas sentencias por el TC, las sentencias 164/2014, de 8 de octubre , y 33/2015, de 2 de marzo , cuyo contenido introduce ciertos matices que parecen propiciar algunos efectos incriminatorios a las declaraciones policiales sometidas a contradicción en la vista oral del juicio, se ha celebrado un Pleno no Jurisdiccional de esta Sala con el fin de establecer una línea interpretativa que defina el criterio a adoptar ante una declaración incriminatoria o autoincriminatoria prestada en sede policial.

En efecto, en las dos referidas sentencias del TC que se acaban de citar se apunta la posibilidad de que las declaraciones policiales sean sometidas a contradicción en la vista oral del juicio y que se le pueda pedir explicaciones al imputado sobre sus modificaciones o contradicciones en que hubiera incurrido Y, además, se afirma que una declaración policial no puede integrar prueba de cargo "por sí sola" o fundamentar una condena con su "exclusivo apoyo", y también se hace referencia a posibles efectos en el ámbito de la "credibilidad" del sujeto que incurre en alguna contradicción entre su declaración policial y la judicial. Incisos jurisprudenciales que parecen inconciliables con otros apartados de las mismas sentencias en los que se remarca que las declaraciones autoinculpatorias prestadas en diligencias policiales no tienen ningún valor probatorio.

Por tanto, las declaraciones ante la policía carecen de valor probatorio y no pueden ser utilizadas para corroborar otros medios de pruebas, como las declaraciones que presten en el juicio los que declararon ante la policía. Tampoco pueden ser introducidas en el juicio como documental cuando el testigo no pueda comparecer a juicio o cuando el testigo introduzca en el juicio manifestaciones contradictorias con las prestadas en sede policial (artículos 730 y 714 de la LECrim) y tampoco pueden ser introducidas en el juicio mediante el testimonio de referencia de los agentes policiales que las presenciaron. A efectos probatorios son inexistentes.

Pues bien, en el caso sometido a nuestro examen casacional se han incumplido estas exigencias. Las declaraciones prestadas por las menores ante la Guardia Civil no fueron ratificadas a presencia judicial durante la fase de instrucción, a pesar de que la defensa lo interesó. No era función de la defensa exigir esta formalidad pero el hecho de que lo solicitara y fuera desestimada su petición es un dato muy relevante que pone de manifiesto la falta de garantías que presidió la fase de instrucción en este particular. Las declaraciones fueron introducidas en el juicio a pesar de la oposición de la defensa. Para justificar su peso incriminatorio se recibió declaración a los agentes policiales a fin de que explicaran el método seguido e incluso su propio contenido y, por último, la sentencia de primera instancia ha dedicado buena parte de su contenido argumentativo a realizar un minucioso análisis de estas declaraciones, muy meritorio y exhaustivo, pero que carece de validez y no puede servir de fundamento para un pronunciamiento de condena".

En este supuesto , las manifestaciones de la menor ante la agente de la Ertzaintza no tienen virtualidad para acreditar los hechos.

SEPTIMO.- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA :PERICIALES DE CREDIBILIDAD DE MENOR:

Y por último , tenemos las periciales efectuadas por el psicólogo del equipo psicosocial del Juzgado y las peritos de la Defensa.



Respecto a la valoración , respecto al informe de la perito sobre credibilidad de la menor la sentencia del T.S. de 14 de octubre de 2.014 que debemos recordar: " La psicología del testimonio nos advierte sobre la mayor permeabilidad del testimonio de los menores al influjo de preguntas sugestivas. El menor tiene menos recursos para sustraerse a la tendencia tanto de dar la razón al adulto interrogador cuando percibe gestos de asentimiento o de complacencia con su declaración; como de retractarse cuando percibe que sus respuestas no son del agrado de quien le entrevista. Está muy inclinado a ajustarse a la versión que espera que ofrezca. La técnica de interrogatorio de un menor requiere ciertas habilidades de las que normalmente carecen los profesionales del ámbito forense. Debe primarse la narración libre en los primeros momentos y ser muy escrupulosos para expulsar cualquier atisbo de sugerencia o sobreentendidos. Cuando el primer interrogatorio del menor no se ajusta a los parámetros deseables puede quedar contaminada la prueba: el menor repetirá la versión que ha adquirido a sus ojos el marchamo de versión "oficial", la que satisface las expectativas que el investigador ha depositado en él.

Otra vez encontramos que las motivaciones victimológicas confluyen con otras de naturaleza epistemológica que aconsejan que el interrogatorio sea dirigido o supervisado por un profesional que disponga de esas habilidades en relación al testimonio de menores, habitualmente un psicólogo, o, en su caso, personal investigador con una formación específica.

El entorno de la entrevista es otro factor a tomar en consideración. También aquí confluyen razones victimológicas -propiciar un ambiente amable, alejado de la solemnidad fría de los estrados o de una oficina judicial, y evitar que el menor se vea sometido a la mirada escrutadora y a veces hostil de una multiplicidad de profesionales; con las epistemológicas -un ambiente adecuado estimula la espontaneidad del menor, y facilita su expresividad y memoria-

En términos generales el exceso de publicidad se revela como perjudicial para las declaraciones de menores en casos de abuso sexual. Es una evidencia la afirmación de que la protección de la víctima aconseja disminuir la publicidad a lo estrictamente indispensable, preservando en todo caso los datos de identidad y la imagen del menor.

La valoración del testimonio del menor presenta ciertas peculiaridades respecto de otro tipo de testimonios. Los estudios psicológicos sobre la materia arrojan unas conclusiones y unos cánones y criterios de valoración que no pueden ser despreciados: debe propiciarse la entrada de esos elementos periciales de valoración de la credibilidad del testimonio de menores, mediante peritajes de psicólogos que, sin suplantar la función judicial, coadyuven con la misma. En otro orden de cosas conviene reseñar que las declaraciones de los menores son especialmente aptas. para ser objeto de dictámenes sobre credibilidad realizados por especialistas en psicología. Hay que situar esa pericia en su ámbito adecuado y hay que exigir profesionalidad. No cualquier psicólogo está capacitado para ese tipo de prueba, que, por otra parte, nunca puede suplantar el papel del Juzgador. La pericial facilitará pautas para la valoración. Pero decidir si los hechos han sucedido o no, valorar ese testimonio junto con el resto de pruebas, otorgarle o no crédito es función que está residenciada en el juzgador. Este no puede abdicar de esa tarea delegándola en el psicólogo que, por otra parte, si actúa con profesionalidad, no podrá asegurar la verdad o falsedad del testimonio. Tan solo indicará si con arreglo a los sistemas, protocolos y test valorativos convalidados concurren o no indicadores de fiabilidad o falta de fiabilidad.

En este sentido la STS. 179/2014 de 6.3 , incide en que no se discuten los conocimientos especializados de los psicólogos, pero no se puede sustentar la credibilidad de un testimonio en informes, que tanto sean en un sentido o en otro, ni refuerzan ni descalifican el testimonio específico y concreto de una persona. El análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto. Para bien o para mal los jueces, según el imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos o acusado, sin delegar esta misión en manos de terceros.

La STS. 28/2008 de 16.1 , las descarta tanto en testigos como en acusados y señala que es doctrina jurisprudencial la que considera innecesaria la prueba pericial sobre cuestiones sobre las que el Juez o Tribunal posee una experiencia general o específica, como es el caso de la valoración de las declaraciones personales, sean confesiones o testimonios. Y añade que por ello su práctica es de aceptación excepcional en relación con los testigos que vienen obligados a decir verdad, o innecesaria respecto del acusado que no está obligado a decir verdad y respecto al que incluso son improcedentes las exhortaciones a hacerlo.

La resolución matiza que no es infrecuente la realización de estas pericias psicológicas en relación con testigos de corta edad, y aunque tampoco pueden nunca vincular al Juez o Tribunal ni sustituirlo en su exclusiva función valorativa, sí pueden aportar criterios de conocimiento psicológico especializado y, por



tanto, científico, sobre menores de edad y las pautas de su posible comportamiento fabulador, que le auxilien en su labor jurisdiccional.

Señala la STS. 238/2011 de 21.3 , que "por lo que se refiere a la pericial psicológica sobre la "veracidad" de las declaraciones prestadas hemos de recordar que no corresponde a los psicólogos establecer tal cosa, que es competencia del Tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas. Cuestión distinta es la relevancia que en la valoración de la credibilidad del testigo, -sea víctima o sea un tercero- pueden tener sus condiciones psico-físicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc. Y es esto y no la veracidad misma del testimonio, lo que puede ser objeto de una pericia".

En igual sentido la STS. 1367/2011 de 20.12 , afirma, con cita de otras precedentes 488/2009 de 23.6 ... "que no se puede solicitar la intervención de peritos, por ejemplo, para informar sobre el perfil psicológico del examinado o sobre la personalidad de las menores, ni tampoco para que los peritos manifiesten si, a su juicio, los hechos se produjeron, y tampoco para que se pronuncien sobre el grado de verosimilitud de unas manifestaciones u otras...".

Añadiendo que " Incluso tratándose de supuestos en los que esa pericia psicológica ha llegado o practicarse, conviene no perder de vista que el fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunas aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 LECriminal). Appreciar significa precisamente ponderar el valor de los cosas. Se tendería o subvertir la naturaleza procesal de la prueba pericial, atribuyendo a ésta un alcance prácticamente definitivo. El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional, pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria (...) Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudoponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar o desplazar la capacidad jurisdiccional pura decidir la concurrencia de los elementos del tipo y paro proclamar o negar la autoría del imputado (Cfr. STS 485/2007, 28 de mayo)'.

Y en todo caso resulta relevante destacar que esa exploración que realizó la psicóloga debió haber sido grabada audiovisualmente, sin que en el caso presente lo fuera, lo que hubiera posibilitado su reproducción en el plenario. El visionado y audición de tal grabación -en defecto de la percepción directa del testimonio de la víctima- hubiera resultado fundamental e imprescindible para poder comprobar el contenido y sentido de las manifestaciones inculpatorias respecto del acusado, en su caso, efectuadas por la menor, y para celebrar si la técnica utilizada por la psicóloga fue correcta en su entrevista estructurada o no, evitando cualquier genero de su gestión incompatible con las exigencias procesales (ex arts. 439 , 709 y concordantes LECriminal), garantizadoras de la espontaneidad de todo testimonio".

SEPTIMO.-EXAMEN DE LA PRUEBA:

En la proyección de toda esta doctrina y aplicación a la prueba practicada que se ha enunciado en el Fundamento Cuarto de esta resolución , señalar que en supuestos , como el que nos ocupa , no puede dejar de ponerse de manifiesto la extrema dificultad que se plantea , dado que la prueba de cargo , la prueba directa del testigo de cargo , es la declaración de la menor de corta edad , que en el momento de los hechos que se enjuician tenía ocho años.

En el **interrogatorio** , el **acusado** negó los hechos y refiere que:

- .- mantuvo una relación sentimental con la madre de la menor, Rosario , que comenzó en octubre de 2.015.
- .- que convivían con la menor antes en otra casa y al mes de trasladaron a la que vivían en la actualidad , ambas sitas en DIRECCION000 .
- .- que en esta vivienda estaban desde enero de 2.016.
- .- que tanto la madre de la menor como el trabajaban.
- .- que no se quedaba solo al cuidado de la menor solo en ocasiones puntuales si Rosario tenía ir al dentista o cosas así.
- .-que si estaba con la menor no estaba en el dormitorio a solas con ella.
- .-que no es cierto que en ese dormitorio quitara la ropa a la menor ni la tocara ni solicitara que le tocara el pene.
- .- que alguna vez ha podido verle la menor desnudo al salir de la ducha y se ponía la toalla , si la menor entraba en el baño, como una persona que convive con su familia.



- que una vez le pregunto como se hacian los niños y el se lo explico como medianamente pudo, que no le enseñó fotos ni videos.
- que la pregunta podia venir porque su madre estaba embarazada.
- que la menor se vestía sola.
- su relación con la menor era buena y se encargaba de que hiciera los deberes y mejoró en el colegio.
- narra que tuvieron dos problemas puntuales con la niña , Rosario , la madre de la menor , y él , el primero , que es el bulo que lanzaron los niños de que un hombre con una furgoneta daba caramelos y te llevaba y hacia cosas , ello dio lugar a que se avisara en el colegio y se organizaron los padres para llevarles al colegio, a los mee del aviso del colegio reulto era incierto y habia salido del un corrillo de amigas de la menor.
- y el segundo en halloween en 2.016 van de casa en casa pidiendo caramelos y les dijo que iba ir con el padre de su amiga Ofelia , confiaron en ella y le acompañaron donde estaban las niñas y se fueron , luego a las 7 en la Plaza del pueblo no aparecia y le preguntaron a otra niña de clase y llamó a su madre que se quedo en casa por si aparaceria , que fue a mirar donde le dijeron y estaban sola sin el padre.
- que una vez le llamó la atención porque iba al colegio sin ropa interior.
- dos días antes de la denuncia la madre de la menor le dijo que una madre del grupo les habia visto viendo una pelicula porno , que se quedaron que no sabian como podian acceder a una pagina porno , esto se lo comentó a Rosario y que era la menor , su amiga , Ofelia , y otra niña , cuyo nombre no recuerda.
- que habian dado su número a la Ertzaintza tras los hechos y se entregó , que facilito las claves del ordenador y teléfono y autorizaciòn a la entrada y registro , que renunciò al abogado.

En relación con la **prueba directa , la declaración de la menor**, señalar que el supuesto de autos se practicó la misma en la fase de instrucción como preconstituida y se reprodujo en el acto del juicio.

Por ello , de un lado , debiera analizarse sí cumplen los standares formales de válidez de dicha prueba , de intermediaciòn y contradicciòn en orden a preservar el derecho de defensa , tras dictarse el oportuno auto con fecha 30 de noviembre de 2.016 , al folio 85, consta acta en que se explicita la forma en que la misma ha de desenvolverse y las cuestiones que cada parte quiere que se le pregunten a la menor, folio 129 , que se grabó en DVD y se efectuó con la asistencia del Juez , Letrado y los Letrados de la Acusaciòn , Defensa y el Ministerio Fiscal y la Psicologa del Equipo Psicossocial del Juzgado , folio 130.

Prima facie los requisitos de válidez se observan y se mantiene de manera plena la contradicciòn , igualmente , la Psicóloga en el informe de credibilidad , insiste en la necesidad de limitar las comparecencias de la menor , por lo que habra de analizarse el contenido de la misma.

La misma se efectua en una sala , con un cristal , tras el cual , se hallan las partes y del otro lado , la menor con la Sra Rocío , se comienza con la presentaciòn de la misma y la funciòn que realiza a la menor y se le explica como es la sala y que otras personas escuchan , que no le han dicho a que venian , le ha preguntado porque no iba al cole y se madre le ha dicho tenian venir aqui , se comienza con preguntas genericas sobre colegio , estudios , amigas , juegos , que suelen ir a su casa a jugar , tiene ordenador y se mete en internet busca canciones.

Posteriormente , se le pregunta con quien vive habitualmente , con su madre y antes vivia con ellas Romeo , la pareja de su madre , que la ayudaba a hacer los deberes, más exigente que su ama con los deberes.

A veces llama aita a Romeo es como su padre.

Antes vivian en otra casa en DIRECCION000 también, Romeo viviendo con ellas año y medio.

Iban al cine , estaban en casa viendo la tele o con el ordenador.

Su madre no trabaja ahora esta de baja y Romeo trabajada a la mañana y a la tarde , cuando su madre trabaja estaba con su abuelos, nunca se ha quedado con Romeo sola cuando su madre va al dentista y veian videos en el ordenado de sus series favoritas.

Que no le gusta decirlo , ha hablado con su maisu que a su maisu le ha contado lo que le ha contado a ella .

Como la menor no refiere nada comienza a preguntar , dice la menor le da miedo , la Sra Rocío comienza a preguntar la menor permanece callada y dice no recuerda muy bien.

La Sra Rocío le pregunta donde solia pasar y que solia pasar , la menor estaban en el cuarto con ropa en la cama , la psicóloga le pregunta que pasaba en la cama , varias veces , también le pregunta si se tumbaban vestidos si se quitaban la ropa , que el pantalón que no puede contar.

La Sra Rocío pregunta si se quitaba la ropa, al menor responde que si.

Le pregunta quien le quitaba la ropa , que responde se la quitaba él.

Le pregunta varias veces como estaban en la cama , dice la menor desnudos tumbados.

Le pregunta que hacia Romeo y responde la menor que no se acuerda muy bien.

Le pregunta que pasaba , vuelve a preguntarle que pasaba y que intente recordar , nuevamente le repite como tenia el pitito Romeo , que dice para arriba y nuevamente insiste en que intente recordar.

En términos similares, señalar que durante toda la grabación y en el visionado en la Sala de la grabación de la prueba preconstituida se observa que a las preguntas generales la menor contesta con claridad , en cuanto se le pregunta sobre los hechos , señala que no recuerda y se efectuan preguntas por la Psicóloga del Equipo Psicosocial que la menor no responde o con monosílabos , con escaso relato, que manifiesta no recordar varias veces.

También , es usual , dadas las peculiaridades del testimonio de los menores ,que se efectuen **informes de credibilidad del testimonio** por los peritos técnicos.

Así igualmente y en la misma resolución en que se acuerda la práctica de la prueba preconstituida se acuerda oficiar al Equipo Psicosocial para que efectuen informe sobre la credibilidad de la menor , afectación psicológica de la misma por la posible existencia de los hechos denunciados y secuelas , folio 87.

Por lo tanto , en relación a esta prueba preconstituida se anudan los dos informes de credibilidad del testimonio que se han efectuado :

.-,de un lado , el de la Perito Psicóloga del Equipos Psicosocial Judicial.

.- y de otro , la pericial de la Defensa , Sra Eburne y Elisabeth .

Por lo que se pasara a examinar dichas periciales, comenzando por **la Pericial del Equipo Psicosocial** , en oficio del folio 147 , se comunica al Juzgado por el Equipo Psicosocial la citación de la menor y su madre para efectuar la pericia antes mencionada.

Consta en oficio del folio 162 que se proceda a grabar dichas entrevistas y en la providencia de 19 de diciembre de 2.016 se tiene por aportadas a la causa las grabaciones de la entrevista a la menor con entrega copias a las partes , folio 183.

En el informe del Equipo Psicosocial se referencia que los niveles de expresión , comprensión y fluidez verbal son adecuados a su edad cronológica y dentro de los parámetros de normalidad , que no se observaban limitaciones cognitivas y alteraciones de memoria.

Además , que:" por medio del protocolo de NICHHD para entrevistas de víctimas de abuso sexual y el EATI en que una de las exploraciones se efectua a presencia de la comisión judicial mediante espejo bidireccional y sistema de audio en esa entrevista y a través del formato de preguntas se señala en el propio informe que se informa por la menor de la existencia de un problema , sin llegar a explicar el que y el como , precisando en una segunda exploración que al no ser capaz de expresarlo verbalmente , que lo escribiera" , folio 205.

En el mismo obran como conclusiones que:

"- la señala que se han valorado varias hipótesis con la metodología empleada el SVA (Lista de la Prueba de Validez) como son :deseo de llamar la atención de la madre dado que no se percibe en la menor tendencia a magnificar las consecuencias asociadas.

.-la hipótesis de sustituir al perpetrador por otra persona se ha descartado identifica claramente al acusado.

.-la hipótesis de venganza de hacia el investigado se ha descartado no constan elementos de venganza , aunque reconoce que el investigado era estricto con los deberes y se llevaba regular , pero reconoce aspectos positivos de este.

.-hipótesis de confundir la realidad con la fantasia se descarta por motivos de espontaneidad . utilización del plural , la verguenza , así como las resistencias para dar explicación del hecho en si.

Que todos estos indicadores permiten considerar válido el testimonio referido a la hipótesis de abuso sexual con penetración bucal.

E igualmente consideran que no es conveniente , desde el punto de vista psicológico, sobreexponer a la menor a otras evaluaciones o entrevistas en el contexto judicial. Todo ello , para evitar la reexperimentación traumática de los hechos , así como la modificación del propio testimonio.



Es sabido que , cuanto mayor sea el numero de exploraciones a las que los menores se ven sometidos , mayor es sera probabilidad de que la reconstrucción que hagan de los hechos almacenados en su memoria sea influida por información post-evento", folio 207 vuelto.

El informe aportado por la Defensa , Sras Edurne y Elisabeth , se parte de la prueba preconstituida y exploración posterior , se utilizan las siguientes técnicas de credibilidad del testimonio SVA (Statment Validity Assesment) y evaluación de la validez de la declaración CBCA (Criteria Based Content Analysis) , el primero de ellos dirigido a determinar si el testimonio del menor es técnicamente creible y el segundo trata de evaluar la actitud del menor y aspectos de la exploración , respectivamente , así mismo la lectura de la documentación obrante en el expediente de la Sra Rocío .

Y se concluye que:

".- que las características del relato de la menor en la grabación utilizada para la emisión del informe impiden la aplicación de los criterios de valoración del testimonio , debido a que no se obtiene material de relato libre que permita aplicar los criterios de credibilidad por lo que desde el punto de vista de los métodos , técnicas y conocimientos de la psicología no se puede concluir respecto a esta cuestión.

.- hay cuestiones que , en todo caso , tampoco pueden discernir si lo que la menor manifiesta respecto a los hechos denunciados , sea una elaboración a partir de un acontecimiento o acontecimientos puntuales , en la que incluye datos referidos a otros contextos o conocimientos por parte de la menor.

.- no es posible valorar a partir del material estudiado , la incidencia en la actitud de la menor , de haber relatado cuestiones relacionadas con el hecho denunciado en varias ocasiones y a familiares significativos y la reacción de estos.

.-la actitud de la menor durante la entrevista , no evidencia signos de afectación de la misma con nexo causal directo con las características de los hechos denunciados.

.-la menor ha relatado los hechos denunciados en diversos contextos , algunos no profesionalizados desde el punto de vista de la psicología del testimonio con alto indice de riesgo de contaminación del relato.

.-de la contextualización del relato de la menor con información del material obrante en el expediente se desprenden cuestiones motivaciones y de funcionamiento psiquico de la misma que restan credibilidad al relato , que por otro lado es poco concreto , con índices de inducción y presencia de contradicciones", folio 141 vuelto del Rollo.

En el acto del juicio y , en la declaración de las tres peritos de manera conjunta , se puntualiza por la Sra Edurne que entiende que de la prueba preconstituida no hay material suficiente para aplicar los criterios SVA , que la material que proporciona la testigo es muy escaso y hay elementos que le restan credibilidad , que hay preguntas inducidas que entiende , como manifiesta la otra perito Sra Rocío , que hay que atender a la edad de la menor y hay que utilizar preguntas , pero preguntas abiertas.

La Sra Edurne entiende que en las grabaciones , ambas de la prueba preconstituida y exploración , desde su punto de vista se hacen preguntas , cuanto más libre el relato mejor.

La Sra Rocío se muestra conforme con dicha apreciación , que hizo la exploración con las características de la menor que queria contar cosas que no podía , que le pareció que no contaba todo lo que tenia que contar en base a lo que vió a la niña en la exploración , por eso puede haber alguna pregunta dirigida.

También , la Sra Edurne señala que es difícil distinguir entre tensión o miedo ante unos hechos como estos o el miedo tras haber hecho algo que falta a la verdad , esa actitud habria que explorarla clínicamente por si se trata de una fantasia que se magnifica y sin querer.

Por su parte , la Sra Elisabeth refiere que los menores víctimas de abusos sexuales lo demuestran con comportamientos que no son buenos para los niños , sueños , pesadillas y comportamientos conflictivos con los compañeros , estar aislados en el aptio o golpeando a los otros niños , que tiene siempre incidencia en el ámbito escolar que durante la relación con el Sr Romeo no hay datos de afectación.

Por otro lado , en cuanto a **testifical de referencia** la misma se integra por las manifestaciones a la Madre de la menor , Médico Forense , el Maisu y la Agente de la Ertzaintza, asi como la Profesora de Refuerzo.

1.- Comenzando por la **declaración de la Madre** que manifiesta que se enteró de los hechos cuando acudio al ambulatorio tras llamarle del colegio , el director del colegio le conto que les habia dicho a unas amigas que el novio de su madre le follaba y que estas le dijeron que lo contara , que una vez se entera ella no quiere hablar del tema nunca le ha insistido , solo le ha preguntado si era verdad lo que habia contado y ella le dice que si.



Además , que una vecina le comento que unas niñas de la edad de su hija , pero no su hija , que no estaba con ellas , pusieron en internet como se folla, que es de la edad de la menor.

Así como que en esta época la menor no tenia un comportamiento extraño, que antes de los hechos estaba más nerviosa que fue a un psicólogo particular porque empezó a morder a sus compañeros y antes de conocer a Romeo dejó de ir.

Que en casa estaban vestidos normalmente y si salía de la ducha igual desnudo y era con normalidad.

También , menciona el bulo del señor de los caramelos que era un bulo de los niños.

Que el día de Halloween bajaron y la niña se había ido con unas amigas se asustaron un poco al principio era la primera vez que se quedaba sola y luego apareció por casa con sus amigas, que les dijo que iba a ir con un adulto y que no fue les engaño y que bajaron a las siete a buscarle y que Romeo le dijo que se quedara en casa y se ocupó de buscarle.

Que al dentista iba dos veces al mes para ponerse implantes y fundas , que iba a las tardes a partir de las cinco y que el acusado trabajaba y llegaba a las seis de la tarde , que la niña salía del colegio a las cuatro y media , tenía extraescolares y se quedaba con sus padres , durante cuatro meses , antes Romeo trabajaba de mañana.

Que el último curso ha mejorado , su hija tendía a fantasear , no apuntaba bien en la agenda tanto como fantasear , no le dijo que se consideraba la princesa Rapunzel y que quería vivir en un castillo.

Que en colegio tenía una profesora de refuerzo , Lina .

Que en una ocasión les vio manteniendo relaciones sexuales , que no sabe si pudo ver con detalle.

Que no tiene constancia de que haya podido ver película pornográfica en casa de alguna amiga la niña.

2.-El **Maisu , el tutor de la menor** , que tras el recreo la menor le contó que el novio de mi madre me folla y que le pregunto que era follar y se puso a llorar y le dijo que le enseñaba el pitilin y salía un líquido blanco , que le se lo había dicho a un amiga en el recreo , Ofelia , y esta le dijo que se lo dijera a él.

Que no noto nada a la menor en el curso 3º y 4º.

En el Juzgado refiere que fue desde tercero y cuarto tutor , no ha observado nada raro emocionalmente era inestable no el ha notado nada raro , que jugaban a contra secretos con sus amigos dijo el novio mi madre me ha follado y una niña le dijo que dijera y al subir recreo , fueron fuera del aula y le dijo no me vas a creer y le dijo el novio de mi madre me ha follado y como es eso , que es follar le pregunto , pitilin con la pototina y luego me echa un líquido y le dijo si no le dolía para saber si estaba mintiendo , le dijo le obligaba y llamó al director.

3.- La Médico Forense Sra Amelia que exploró al inicio a la menor , y tomaron muestras , pero no hay restos ni de semen ni de células.

Que le dijo que había perdido el miedo , que el tocaba que ella no quería , pero no lloraba , que señala que le toca en la potota , que en la relación con el no quería entrar , decía tenía medio miedo , que se niega a entrar cuando se cuestiona posibles conductas de ella hacia él , tras haber utilizado en algún momento la expresión " cuando lo hacemos" , folio 6.

4.- La **Agente de la Ertzaintza** que habló con la menor en presencia de la madre , que no ha tenido muchos casos con menores , que le llamó la atención la actitud de la menor con el botellín de agua que compró del Hospital a la Comisaria , la forma como lo tocaba y que le dijo que eso se lo hacía el procesado y le dijo que con la mano y la boca , que él se ponía desnudo de cintura para abajo y le ponía el miembro entre las piernas , no le hacía daño y hacía movimientos hasta que echaba un líquido blanco cuando la madre iba al dentista.

Que durante el trayecto antes mencionado habló con la menor.

Que la declaración se efectuó en su despacho con la madre y la menor.

Que tiene un cuaderno guardado con un dibujo que hizo la menor.

5.- Como testigo declaró la **profesora de apoyo de la menor , Sra Lina** , que tenía un rendimiento escolar bajo , que no noto nada raro en el comportamiento de la menor y que mejoró en el época coincidente con los hechos , hasta el punto que se había cesado en el apoyo.

En el **prueba documental** consta que:

1.-En el folio 183 y en relación a las muestras que se tomaron por la Médico Forense no se detecta semen humano.



2.- Se efectuó entrada y registro en la vivienda en que convivían el procesado, la madre de la menor y esta, habiendo prestado su consentimiento ambos adultos, como consta en el folio 46, en el que se recogieron un ordenador portátil, disco duro, dos memorias usb, dos tarjeta SD de memoria, folio 48.

En el acta de inspección ocular de la vivienda, folios 38 a 44 en copia y los originales en los folios 224 a 230, se procesan los elementos fijos para detectar fluido seminal y se observa una mancha luminiscente en pared bajo interruptor de la luz contiguo a la puerta de entrada y se localizan diferentes pijamas de la menor y en el edredón de la cama se observan tres manchas luminiscentes y se examina la ropa del cesto de la ropa sucia del baño hallándose varias prendas entre las cuales un pantalón negro infantil tipo leggings y una camiseta roja, en ambas prendas se encuentran manchas y se recogen muestras.

Y en el dormitorio que la madre señala que en el mismo suele estar la menor viendo la televisión desde la cama en la misma en la parte superior izquierda del armario sobre una balda se encuentra un vibrador con forma falica, así como geles estimulantes, tomándose muestras.

3.- Y en los folios 231 y siguientes se encuentran las fotografías de la vivienda y de los efectos antes señalados.

4.- En el folio 257 los resultados de los análisis de las muestras obtenidas del registro de la vivienda y las conclusiones:

.-en el vibrador no se obtiene perfil genético.

.- pantalón y camiseta el mismo perfil genético de mujer, folio 262.

Se obtiene muestras genéticas de la menor para el cotejo, folio 329 y 389

5.- En el folio 427 examinados los dos móviles del procesado, sony xperia color blanco y Iphone 6 color blanco que no se encuentran en los teléfonos ningún tipo de archivo a los que hace mención en la petición de estudio, tras haber aportado el proceso de manera voluntaria las contraseñas, folio 416.

En concreto, se había ordenado en auto de 21 de junio de 2.017 que se analizara sí los ordenadores, memorias y tarjetas, así como móviles hubiera archivos tanto videografías como fotográficos o de cualquier otra índole que pudieran evidenciar la comisión de un presunto delito contra la libertad sexual a menor y de haber sido compartidos, folio 401 y 402.

6.-En el folio 435 que las muestras de pantalón negro y camiseta coincide con el perfil genético de la menor.

7.- En el folio 444 en el informe de la Sección de Nuevas Tecnologías de la Ertzaintza del ordenador, disco duro y memorias se concluye que en ninguna de las evidencias contiene información relacionada con el delito.

OCTAVO: VALORACIÓN Y CONCLUSIONES PROBATORIAS:

Expuesta la totalidad de la prueba practicada, en cuanto a las declaraciones de referencia, la primera consideración a afectar es que parece que la de un relato proporcionado por la menor, en estricto orden cronológico, es la del Maisu, del Tutor, al que explicita que ella le toca en el miembro al procesado, el día 24 de noviembre de 2.016 sobre las 12,30 horas, a la Forense, Sra Amelia, le refiere, como manifiesta en el acto del juicio, tocamientos a la menor en sus partes íntimas, que se efectuó el día 24 tras recibir la llamada del HOSPITAL000 que se produce a las 16:14 horas.

Y en cuanto a las de Agente de la Ertzaintza que el se desnudaba y le ponía el miembro entre las piernas y hacía movimientos, el 24 sobre las 18:34 horas.

En cuanto a esta última declaración y la forma en que se efectúa la misma en dependencias policiales en que parece que pregunto a la menor que había pasado y que las conclusiones de obtiene de la percepción de la misma en la forma de tocar la botella, prima facie las mismas no tiene valor probatorio, unido a que no haya constancia de las concretas circunstancias, metodología para el interrogatorio de la menor.

También, poner de manifiesto que el gesto de pasar la mano de arriba a abajo por el cuerpo se observa en la grabación de la prueba preconstituida como reiterado por la menor

En todo caso, en modo alguno puede obviarse que los testimonios de referencia debe valorarse con extrema cautela, sustancialmente, como corroboradores de la declaración del testigo directo, que en modo alguno pueden suplantar la prueba directa.

Por lo obrando en el procedimiento la prueba directa, la exploración de la menor como prueba preconstituida y como se ha señalado con todas las garantías y reproducida, debiendo concluirse que se procedió a tomar declaración a la víctima menor, respetando el Protocolo recomendado por el Estatuto de la Víctima y las leyes procesales con grabación audiovisual, observando el principio de contradicción, siendo reproducida en el acto del juicio la misma desde el punto de vista formal tiene la condición de prueba válida de cargo.



En la misma , como se ha señalado se siguen los protocolos y ello supone que es usual que se efectue con menores mediante preguntas , se observa que la menor se muestra escasamente colaboradora , no se obtiene un relato de cierta entidad de los hechos , no se obtiene un relato libre de la misma , es en todo momento contestando a las preguntas que se le efectúan , preguntas implícitas que se le efectúan , preguntas ,incluso dirigidas , como señala la perito del Equipo Psicosocial, en el acto del juicio , manifestando varias veces que no recuerda ante la reiteración de las preguntas.

De forma habitual en declaraciones de menores , se complementa con periciales de credibilidad del testimonio, con los criterios de los especialistas , psicólogos.

En la del Equipo Psicosocial se concluye en la credibilidad de la menor , pero ello no sólo en base a la prueba preconstituida , sino que la perito judicial señalo en al acto del juicio que para efectuar el mismo se tenía el expediente , el informe médico forense y la prueba preconstituida y como le pareció que la menor no había expresado todo , pues la madre le manifestó que la niña no va a hablar , ante esta situación y contexto le pareció conveniente hacer una segunda exploración de la menor y como en la misma , también , estaba reticente escribió una nota.

En este punto , debiera de señalarse que , aun cuando , se grabó esta segunda exploración , no puede entenderse que la misma se haya efectuado con observancia del principio de contradicción , sin que el entregar copia de la grabación puede soslayar que esa circunstancia , sobre todo , cuando estas reiteraciones de actuaciones con la menor, que deben en todo momento evitarse, como en su propio informe menciona la perito del Equipo Psicosocial , en aras a preservar el relato de los hechos que de manera inicial efectúa el menor y que el mismo no sufra contaminación o influencia alguna lo que ha de atenderse con especial cautela , dado que frente a una situación como la de exploración , de tensión , pudiera ser posible que el menor tienda a tratar de complacer al adulto y si bien se utiliza el mecanismo de las preguntas para lograr que el menor se sienta cómodo y proceda a verbalizar un relato de los hechos , cuando menos se ha de necesitar un mínimo relato prestado con cierta libertad y extensión en cuanto a los datos que permitan inferir un relato de hechos , un relato fáctico.

En la sentencia del T.S. de 1 de febrero de 2.017 , en un supuesto de cierta similitud al que nos ocupa , en que se interrogo a la víctima respetando el protocolo del Estatuto de la Víctima con grabación audiovisual , observando el principio de contradicción , pero con el menor escasamente colaborador, sin aportar nada y que posteriormente , la perito de Instituto de Medicina Legal , que dispuso de la grabación anterior , llevo a cabo entrevista con la menor emitiendo informe por escrito aportado en el juicio sobre la credibilidad del testimonio.

Entendió la Sala que el incumplimiento del protocolo de grabación con presencia judicial y del Ministerio Fiscal , así como de la Defensa , no queda subsanado por que no fuera impugnado de contrario ni desvirtuado por pericial contradictoria.

Que se concluye por el T.S. que el informe sobre credibilidad no se corresponde a una entrevista realizada cumpliendo los canones legal y jurisprudencialmente establecidos para salvaguardar la inmediación y los derechos de defensa y contradicción.

En el supuesto de autos, debiera de analizarse , en consecuencia , sí la prueba directa , la declaración como prueba preconstituida de la menor , tiene aptitud , es suficiente para el dictado de pronunciamiento condenatorio , de enervar la presunción de inocencia.

Así señalar que nos hallamos ante un relato parco de la menor ante unas preguntas dirigidas , de testimonios de referencia que varían y que han de valorarse con cautela , por lo que los dictámenes de credibilidad adquieren mayor relevancia , pero sin que esos dictámenes de credibilidad soslayan la actuación de valoración de la totalidad de la prueba que compete el órgano judicial como señalan , entre otras , la sentencia del T.S. de 14 de octubre de 2.014 .

En este punto , los citados dictámenes son absolutamente contradictorios , al igual que las manifestaciones y aclaraciones ofrecidas por las peritos en el acto del juicio , se ha de partir de que la totalidad de las peritos convergen en que los instrumentos a aplicar , la metodología se integra por el SVA y CBCA.

Divergen en que la perito del Equipo Psicosocial entiende la existencia de relato obtenido en la prueba preconstituida , segunda exploración y escrito de la menor , de entidad suficiente en condiciones que permitan inferir y valorar la credibilidad del mismo con dichos instrumentos y de otro lado , las peritos de la Defensa que mantienen que el relato de la menor , contenido en la prueba preconstituida , no es suficiente , no es emitido con libertad y extensión para permitir evaluar la credibilidad del mismo con los mismos instrumentos.

En el supuesto de auto , tenemos que pese que se haya grabado la entrevista de la segunda exploración de la menor efectuada por el Equipo Psicosocial y la misma se integre en la prueba pericial de la credibilidad de la menor del Equipo , no se observa en la misma la contradicción , en que nos hallamos ante abusos con menores



de escasa edad , que son altamente influenciables y en que adquiere especial relevancia la obtención de un relato verbalizado de los mismos en el momento inicial de las actuaciones y que el mismo se preserve , no que la prueba de cargo , el testimonio del menor , derive de un relato que se obtiene de manera fraccionada, obligando a la menor a referir el relato en diversas ocasiones , a ir contestando a distintas preguntas de manera más o menos dirigida e , implícitas en ocasiones , que se le van formulando en distintos momentos , pues aun cuando se empleo el procedimiento de preguntas que pudiera entenderse adecuado para la exploración de los menores , la reiteración de actuaciones ante el relato parco y limitado que efectúa la menor en la prueba preconstituida , en que no se aporta una narración propia de los hechos , posteriormente , en la entrevista siguiente con el Equipo Psicosocial e incluso en la misma , posteriormente , mediante la escritura , se va obteniendo nuevos datos , relatos , sobre los que se efectúa la valoración de credibilidad del testimonio por el Equipo Psicosocial , debiera de concluirse que dadas las distintas secuencias en que se le va tomando declaración a la menor , se entienda que el citado testimonio , unido a como se ha expuesto la necesidad de evitar la victimización y la reiteración de los testimonios que por la propia dinámica puede afectar a la posibilidad de sugestión del menor y acogiendo las conclusiones del informe de las peritos de que los varios relatos y que el tipo de entrevista puede ser más o menos sugestiva con el riesgo de contaminación del relato, supone que la prueba de cargo , consistente en la prueba preconstituida , se entienda incompleta , insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia , al tener que armonizarse los derechos del menor con el derecho de defensa , unido a los testimonios de referencia deben valorarse como complementarios del testimonio directo , a la ausencia de datos periféricos como pudieran ser la afectación en la conducta de la menor cuando tanto , los profesores como la madre coinciden en que habia mejorado en el rendimiento escolar , en el colegio , que en los registros no se halla indicios biológico alguno , ni tampoco en los aparatos informáticos y teléfonos del procesado , ello implicara que no puede entenderse como suficiente para enervar la presunción de inocencia y por ello , debe dictarse sentencia absolutoria.

NOVENO.- Las costas procesales se declaran de oficio ,ex arts 239 y 240-1 de la L.E.Criminal .

FALLAMOS

Debemos absolver y absolvemos a Romeo del delito que se le imputa con todos los pronunciamientos favorables , declarando de oficio las costas procesales.

Se dejan sin efectos las medidas acordadas en auto de la Sección 1ª de esta A.P. de 3 de febrero de 2.017.

Se acuerda la devolución de los efectos intervenidos.

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./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as 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.