

Documento TOL7.672.041

Jurisprudencia

Cabecera: Delito de abuso sexual. Delito de acoso hostigamiento o stalking

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 (sentencia del tribunal europeo de derechos humanos caso p. s. contra alemania § 30 ; caso w. contra finlandia, § 47 ; caso contra finlandia, § 44), 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.

PROCESAL: Diligencias preparatorias. Capacidad mental limitada

Jurisdicción: Penal

Ponente: [LEOPOLDO PUENTE SEGURA](#)

Origen: Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Fecha: 25/09/2019

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 188/2019

Número Recurso: 200/2019

Numroj: STSJ M 11328:2019

Ecli: ES:TSJM:2019:11328

ENCABEZAMIENTO:

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31053860

NIG: 28.079.00.1-2019/0088536

Procedimiento Recurso de Apelación 200/2019

Materia: Abusos sexuales

Apelante: D./Dña. Marcos

PROCURADOR D./Dña. MARIA LOURDES AMASIO DIAZ

Apelado: MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA N° 188/2019

Ilmo. Sr. Presidente:

D. Francisco José Goyena Salgado

Ilmo. Sres. Magistrados:

Don Leopoldo Puente Segura

Don Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 25 de septiembre de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Sección 30ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó en el procedimiento abreviado nº 1469/2018 sentencia de fecha 10 de abril de 2019, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"Primero: El acusado, Marcos, mayor de edad, sin antecedentes penales, guiado por ánimo lúbrico, aprovechó que el 26-9-17 se encontraba en un parque público sito en la DIRECCION000 de la localidad de DIRECCION001, partido judicial de DIRECCION002, comenzó a perseguir a Tamara, de 10 años edad, diciéndole: "ven guapa, ven aquí, ven conmigo, quédate", consiguiendo que la menor se sentara junto a él. Le ofreció un billete de 20 euros para que no se fuera de allí, para seguidamente rodearla con sus brazos pidiéndola un beso, intentando zafarse la menor, besándola en la boca y tocándole por encima de la ropa los pechos, la tripa y los genitales.

Segundo: Así mismo, hacia las 18:00 horas de ese mismo día, el acusado siguió a Marí Juana, de ocho años de edad, diciéndola "ven guapa, ven aquí conmigo, no te vayas", ofreciéndole 20 euros si se quedaba con él, teniendo Marí Juana que hacer fuerza para desasirse.

Tercero: El acusado, en fechas anteriores, fue visto en las inmediaciones del parque y en una parada del autobús por las citadas menores Tamara y Marí Juana".

SEGUNDO.- La referida sentencia contiene el siguiente pronunciamiento en su parte dispositiva:

"FALLAMOS: Condenamos a Marcos, como autor responsable de un delito abuso sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de dos años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la medida de libertad vigilada consistente en la prohibición de aproximación a una distancia no inferior a 100 metros respecto de la menor Tamara en cualquier lugar en que se encuentre, y de comunicarse con ella por cualquier medio, escrito o hablado, por un periodo de un año que se ejecutará después de la pena privativa de libertad y la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, durante un periodo superior en tres años al de la duración de la pena de privación de libertad y al pago de un tercio de las costas.

Absolvemos a Marcos de los dos delitos de acoso por los que viene acusado, declarándose de oficio dos tercios de las costas.

Para el cumplimiento de las penas impuestas se abonará a Marcos el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa".

TERCERO.- Notificada la misma, interpuso contra ella recurso de apelación la representación procesal de Marcos, recurso que fue impugnado por el Ministerio Fiscal, interesando este último la íntegra confirmación de la sentencia recaída en la primera instancia.

CUARTO.- Admitido el recurso en ambos efectos y tramitado de acuerdo con lo dispuesto en el vigente artículo 790, al que se remite el art. 846 ter, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se elevaron las actuaciones a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

QUINTO.- Una vez recibidos los autos en este Tribunal, en diligencia de ordenación se acordó formar el oportuno rollo, se designó Magistrado ponente, y se acordó señalar para el inicio de la deliberación de la

causa el 24 de septiembre de 2019.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

No se acepta el relato de **HECHOS PROBADOS** que se contiene en la resolución recurrida, que se sustituye por el siguiente:

"El acusado, Marcos, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraba en un parque público sito en la DIRECCION000 de la localidad de DIRECCION001, partido judicial de DIRECCION002, el pasado día 26 de septiembre de 2017, aproximadamente a las 18 horas. En dicho parque, fecha y momento se hallaban también las menores Tamara y Marí Juana, siendo que el acusado conocía a la primera de ellas, no sólo como vecinos del pueblo, sino por haber tenido también ocasión de hablar con la menor, en ese mismo parque y en presencia del padre de la niña, en alguna oportunidad anterior.

El acusado, Marcos, se dirigió a la menor Tamara y entabló una conversación con ella, en el curso de la cual, --se desconoce si tras petición de la niña o a iniciativa de él--, le entregó un billete de 20 € y le dio un beso en la cara. No se ha acreditado que la besara en la boca ni que le tocara por encima de la ropa los pechos, la tripa y los genitales, ni tampoco que la impidiera marcharse de ningún modo.

No se ha probado tampoco que el acusado se dirigiese a la otra menor, Marí Juana, que le ofreciera o le entregase dinero, ni que la sujetara de ningún modo con el propósito de impedir que se marchara.

El acusado, con anterioridad, además de conocer por las razones expresadas a la menor Tamara, la había visto a ella y a Marí Juana, como vecino del pueblo, tanto en las inmediaciones del parque como estando el acusado esperando el autobús en una parada.

Después de conocer Marcos la existencia de la denuncia que ha dado origen a la formación de la presente causa, se personó en el domicilio de la menor Tamara y ofreció a sus familiares una cantidad de dinero, --no exactamente determinada pero entre 600 y 800 €--, con el propósito de "solucionar el problema". Dicha cantidad de dinero fue categóricamente rechazada por la familia de Tamara".

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Tal y como se destaca en la resolución impugnada, el acusado, Marcos, admitió en el acto del juicio oral que el pasado día 26 de septiembre de 2017 se encontró en un parque público, próximo a su domicilio, con la menor Tamara, a la que conocía, como vecinos ambos del pueblo y con la que en alguna oportunidad anterior, y en presencia del padre de la menor, había hablado en ese mismo parque. Observó el acusado que él se encontraba sentado en un banco y que la niña se le acercó, mantuvo con él una breve conversación y acabó pidiéndole dinero. Explicó el acusado que unos días antes, y hallándose presente el padre de la menor, tras pedirle la niña cinco euros a este último y como quiera que el mismo no disponía en ese momento de dinero, el acusado le dio a Tamara esa cantidad, en presencia del padre de ésta. Continúa explicando el acusado que en el encuentro del día 26 de septiembre de 2017, le entregó también a la niña 20 €, añadiendo que únicamente llevaba 40 (en dos billetes de 20) en ese momento. Después, asegura Marcos, le dio un beso en la mejilla a la niña y ésta se marchó. Por lo que respecta a la otra menor, Marí Juana, el acusado asegura que no la conocía de nada, que nunca había hablado con ella y niega, desde luego, que intentara sujetarla, que le ofreciera dinero y, por descontado, que intentara besarla. Admite también el acusado que tiempo más tarde se dirigió a la vivienda de la familia de Tamara, para intentar "arreglar las cosas".

Sin embargo, la menor Tamara sostuvo en el desarrollo de la prueba preconstituida practicada en la fase de instrucción que el día de los hechos vio "al viejo" (sic), amigo de su padre, y que se sentó a su lado, señalando que en un momento determinado la agarró de la cintura, le dio un beso en la boca y no paraba de tocarle "las partes bajas y altas (vulva y pecho, conforme precisó la menor a preguntas del instructor)", que no la quería soltar. Asegura la menor que, finalmente, consiguió escapar corriendo y llamó a su amiga Marí Juana y le contó lo sucedido, añadiendo que el acusado le decía a su amiga, de ocho años de edad, que qué culo más bonito tenía. Antes de eso, el acusado, al que reiteradamente se refiere como "el viejo", le dio 20 €. Asegura también que después de todos estos hechos, el acusado fue a su casa para ofrecerle 800 € con el propósito de que "ella quitara la denuncia", aunque su abuelo Desiderio rechazó esa cantidad y llamó a la policía.

Por su parte, la menor Marí Juana también en prueba preconstituida practicada en fase de instrucción, aseguró que el día de los hechos se encontraba jugando en el parque con su amiga Tamara, "vino el viejo, a Tamara le dio 20 € por un abrazo". Asegura esta menor que a ella le ofreció 100 € pero que ella no los cogió, aunque "el viejo" le dio "un beso en la cara y un abrazo".

El resto de la prueba practicada en el acto del juicio oral, consiste en las declaraciones prestadas por algunos familiares de las menores, ninguno de los cuales observó los hechos que aquí han resultado objeto de enjuiciamiento; en las declaraciones testificales prestadas por los agentes de policía que acudieron a la vivienda de Tamara cuando el acusado se personó en ella con el propósito de ofrecer a sus familiares una determinada cantidad de dinero para "solucionar el problema" (entre 600 y 800 €, según declararon unos u otros); en la declaración testifical prestada por una de las personas con las que convive el acusado, quien tampoco presencié nada relevante; y en el informe médico forense relativo a la capacidad psíquica del acusado, que se mantiene conservada en lo sustancial, y a sus problemas físicos (insuficiencia respiratoria).

Así pues, como no resulta infrecuente en procedimientos de esta naturaleza, la convicción del Tribunal de primer grado descansa, fundamentalmente, en la exploración que se realizó a la víctima, como prueba preconstituida, en la fase de instrucción, confirmada, según se explica en la resolución impugnada, por ciertos elementos periféricos (fundamentalmente: reacción de la madre de Marí Juana a la que las niñas fueron a buscar inmediatamente después de lo sucedido; y conducta posterior del propio acusado ofreciendo una cantidad de dinero para que se retirara la denuncia).

SEGUNDO.- A partir del marco probatorio que acaba de ser expuesto, se alza la parte apelante contra la sentencia recaída en la primera instancia por considerar, en definitiva, que la prueba practicada en el acto del juicio oral resulta insuficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia que asiste al acusado, contemplado en el artículo 24 de la Constitución española, considerando, en definitiva, quien ahora recurre que se habría producido un error en la valoración probatoria efectuada en la sentencia, sobredimensionado injustificadamente el resultado de la exploración de la menor y destacando, muy especialmente, la apelante el, a su parecer, irregular modo en el que el resultado de dicha exploración fue introducido en el plenario, habida cuenta de que en la grabación que se reprodujo en el juicio el Tribunal sólo pudo conocer el audio, lo que la niña decía, pero sin que en ningún momento se la observara a ella, su imagen, quedando de ese modo, a juicio de quien ahora recurre, vulnerado el principio de inmediación.

Además, observa la apelante que algunas de las respuestas de las menores aparecen inducidas por la pregunta realizada por el instructor y que existen contradicciones, no insignificantes, en sus relatos.

La prueba preconstituida.-

TERCERO.- Como no podía ser de otra manera, tratándose como se trata de la única prueba directa de los hechos que aquí se imputan al acusado, se analiza con pormenor en la sentencia impugnada la validez de la prueba preconstituida en los supuestos en los que, como en el presente, la posible víctima del delito es menor de edad.

Así, en el fundamento jurídico primero de la sentencia impugnada, se trae a colación la doctrina establecida por el TEDH a este respecto, transcribiendo parcialmente algunas de las resoluciones dictadas sobre el particular por ese Tribunal, para concluir que: *"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 puedan limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. 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".

A nuestro parecer, ciertamente nada puede objetarse a estas consideraciones preliminares contenidas en la resolución impugnada. Al respecto, explica, por ejemplo, la STS nº 940/2013, de 13 de diciembre: **"hemos dicho de forma reiterada que nuestro sistema procesal no admite 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.** Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes de los que son elocuentes muestras las SSTS 96/2009, 10 de marzo ; 593/2012, 17 de julio ; 743/2010, 17 de junio y ATS 1594/2011, 13 de octubre .

En efecto, 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 y, más recientemente, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre -Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre-), hemos apuntado que nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia que lo interpreta -cfr. SSTS 19/2013, 9 de enero ; 80/2012, 10 de febrero y 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 , 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 § 30; caso W. contra Finlandia, § 47; caso D. contra Finlandia, § 44), **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 , § 56, 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 legítima 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.

Recientemente hemos dicho - STS 925/2012, 8 de noviembre - que no siendo pacífico admitir la preconstitución probatoria durante la fase de investigación o instrucción (arts. 433.2 y 448.3 y 4 LECrim) como sustitutivo de la deposición de los menores en el acto del juicio oral, sí que lo es convenir que en supuestos como el examinado ese tipo de preconstitución facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción. De esa forma además se logra una más eficaz tutela de la víctima menor en consonancia con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, ("Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho"); con la muy reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre (Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre; arts. 20 a 24, singularmente); o con la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmada por España el 12 de marzo de 2009 (arts. 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).*

Este entendimiento de la inevitable necesidad de ponderar los principios y derechos que definen el estándar constitucional de un proceso justo y el superior interés del menor, late en otros precedentes jurisprudenciales ejemplarmente glosados por la sentencia de instancia (cfr. SSTS 96/2009, 10 de marzo y 743/2010, 17 de junio , entre otras).

*La misma idea está también presente en el ámbito de la jurisprudencia constitucional. De forma bien reciente, la STC 75/2013, 8 de abril , abordaba el problema de la declaración de los menores víctimas de un delito de esta naturaleza en los siguientes términos: "...a este respecto, hemos de partir de que, si bien el derecho a un proceso con todas las garantías exige, como regla general, que los medios de prueba se practiquen en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediatez (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3 ; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2 ; 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3 , o 174/2011, de 7 de noviembre , FJ 3), la necesidad de ponderar el citado derecho fundamental con otros intereses y derechos dignos de protección permite **modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, siempre que se hallen debidamente justificados en atención a esos fines legítimos** y, en todo caso, que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. Como recuerda la STC 174/2011, de 7 de noviembre , "dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado" (FJ 3).*

Así, hemos venido admitiendo, desde la STC 80/1986, de 17 de junio , la posibilidad de integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales de investigación, tales como, en particular,

declaraciones testificales, mientras, entre otros requisitos, al acusado se le haya dado la posibilidad de someter tal testimonio a contradicción (entre otras, SSTC 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3 y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5). En línea semejante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales 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 el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski c. Holanda, § 41; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 51 y 19 de julio de 2012, caso Hümmer c. Alemania, § 38); advirtiendo en todo caso que "los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma decisiva 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" (SSTEDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà c. Italia, § 40; 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, § 118; y 19 de febrero de 2013, caso Gani c. España, § 38).

*En un ámbito más cercano a la órbita de problemas que presenta el supuesto actual, hemos considerado legítimo igualmente excepcionar la citada regla general ante testigos que presenten especiales necesidades de protección debido a su minoría de edad, especialmente cuando han podido ser víctimas de un delito violento o contra su indemnidad sexual; **casos en los que a la finalidad de asegurar el desarrollo del proceso penal se añadiría la necesidad de velar por los intereses del menor.** En este sentido, acogiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (...), manifestamos en la STC 174/2011, de 7 de noviembre, que en tales casos "la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal" (FJ 3), que podría verse gravemente alterada con la inserción del menor en entorno de un procedimiento penal y, en particular, con el sometimiento al debate contradictorio entre las partes inherente a la dinámica del juicio oral. En tales supuestos, las manifestaciones verbales de los menores podrían llegar a erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena, si bien únicamente cuando se hubiera dado al acusado la posibilidad "de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral" (FJ 3), y que pasarían por ofrecer "una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual", y por "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" (STC 174/2011, citando el caso A.S. c. Finlandia, § 56)".*

Conviene recordar, --continúa razonando el Alto Tribunal en la sentencia que comentamos-- que el espacio funcional que el recurso de casación reserva a esta Sala ante la invocación del derecho a la presunción de inocencia no nos autoriza a una nueva valoración de las razones ofrecidas por los peritos. No nos permite tampoco excluir la credibilidad que la Audiencia ha otorgado a uno u otro testigo y sustituirla por aquella que consideramos más atendible. No hemos presenciado las pruebas. Y sin bien es cierto que el principio de inmediación no es garantía de acierto, también lo es que, en el presente caso, la exteriorización del iter discursivo del órgano decisorio no nos lleva a detectar, frente a lo que denuncia el recurrente, un discurso irrazonable, ilógico o contrario a las máximas de experiencia (cfr. STS 53/2013, 24 de enero)".

El principio de inmediación.-

CUARTO.- Precisamente las peculiaridades o perfiles propios que presenta el supuesto de hecho que se somete ahora a nuestra consideración guardan relación estrecha con la (in)observancia del mencionado principio de inmediación.

Efectivamente, el derecho fundamental a la presunción de inocencia que asiste al acusado, al decir de la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, aparece desvirtuado sobre la base de una sola prueba de

cargo, --la exploración de la menor que se presenta como víctima, Tamara--, practicada en la fase de instrucción como prueba preconstituida y reproducida después en el acto del juicio oral.

No vamos a entretenernos aquí, por bien conocidas, en consideraciones acerca de la suficiencia potencial de la declaración de la víctima, cuando se trate incluso de la única prueba directa de cargo, para desvirtuar dicho derecho fundamental, aunque no estorba recordar que dichos testimonios han de ser analizados con particular cautela, sirviéndose para ello del empleo de los parámetros enunciados por nuestro Tribunal Supremo y a los que con extensión se refiere la sentencia impugnada, en la medida en que, en último término, comporta la cruda confrontación de los sostenidos por cada uno (testigo de cargo y acusado).

Dicha cautela, creemos, debe ser extremada cuando el medio probatorio se introduce en el acto del juicio oral a través de la mera reproducción de una prueba previamente constituida (practicada extramuros del juicio oral). Dicha posibilidad, aunque legítima como extensamente se ha explicado y proclaman tanto el TEDH, como el TC y el TS, comporta una significativa "modulación" del principio de inmediación, modulación que aparece justificada sobre la base, fundamentalmente, de dos razones, a saber: evitar para quien pudiera haber sido víctima de un hecho delictivo un proceso de "victimización secundaria"; y esquivar, además, que una reiteración de relatos a lo largo del procedimiento haga perder a los mismos la frescura y espontaneidad necesaria.

El Tribunal Constitucional se ha encargado, sin embargo, de poner de manifiesto en repetidas oportunidades que cualquier duda respecto a si la posibilidad de que el órgano ad quem contemple el desarrollo del juicio (o de parte del juicio) a través del soporte audiovisual que deja constancia del mismo equivale, a los efectos que aquí importan, al principio de inmediación, debe ser despejada en sentido claramente negativo (entre otras, SSTC 16/2009, de 26 de enero y 2/2010, de 21 de enero). Y es que, efectivamente, las exigencias resultantes del mencionado principio de inmediación no se conforman con que el órgano jurisdiccional pueda tener acceso a la fuente de prueba mediante su grabación audiovisual, en la medida en que la misma no equivale, en toda su dimensión, a la personal presencia de quienes han de valorar la prueba al tiempo de su desarrollo, pudiendo así percibir **no sólo el contenido y significado de las expresiones verbales** protagonizadas por el testigo, sino **también los gestos que las acompañan**, partiendo de que **el proceso de comunicación humana no se colma exclusivamente a través del lenguaje verbal, proporcionando el resto de los elementos información, también muy relevante, en la interpretación y valoración de los mensajes recibidos**. Además, la personal presencia durante el desarrollo de la prueba de quienes están encargados de valorarla permite, --lo que evidentemente no sucede cuando solo se contempla la reproducción audiovisual del testimonio--, la **directa intervención del órgano jurisdiccional** a los efectos de aclarar o disipar cualquier duda que dicho relato pudiera ofrecerles.

Nos encontramos, por tanto, frente a una sola prueba directa de cargo que, además, fue introducida en el acto del juicio oral a través de la reproducción en el mismo del soporte en el que quedó grabada la exploración de la menor practicada en la fase de instrucción.

Nada objetiva, lealmente, la defensa del acusado a que, efectivamente, en aquella oportunidad tuvo la ocasión de intervenir en el desarrollo de la prueba y se halló presente durante la exploración de la menor, por lo que ninguna queja articula sobre la base de los principios de contradicción y defensa. Sin embargo, se queja la ahora recurrente de que la grabación en la que se concretó la práctica de la mencionada prueba preconstituida, reproducida en el plenario, no permitió al órgano jurisdiccional a quo, sino escuchar lo relatado por la menor, pero no presenciar su imagen que no aparece en la grabación.

Dicha circunstancia no ha sido personalmente comprobada por este Tribunal, en la medida en que tampoco en el soporte audiovisual en el que se dejó constancia del desarrollo del juicio se recoge la controvertida prueba preconstituida, habida cuenta de que la misma fue proyectada en una pantalla que queda fuera de cámara (en cualquier caso, la grabación de la prueba preconstituida consta, naturalmente, en las actuaciones).

En cualquier caso, no hay duda de que, en efecto, la grabación de la prueba preconstituida lo fue **únicamente de sonido**, por lo que respecta a las declaraciones o manifestaciones de las dos menores, **sin que se grabara la imagen de las mismas**. Y no hay duda de ello porque así viene a reconocerse de

manera explícita en la sentencia que ahora se impugna cuando en su fundamento jurídico primero (página 8), explica: *"Todos estos requisitos se han respetado en el caso de examen. Las niñas fueron escuchadas a presencia del Ministerio Fiscal y de la defensa, quienes tuvieron ocasión de someterlas a contradicción. Es verdad que la Sala no pudo observar las caras de las menores en las grabaciones reproducidas en el juicio. Pero hemos de resaltar, particularmente en Tamara, un tono de voz que refleja espontaneidad y confianza, sumamente indicativo de veracidad y ausencia de doblez. No hacía falta ver su cara para saber que estaba contando lo que ocurrió. Tampoco era necesaria una pericia sobre credibilidad de su testimonio, ni parece oportuno hacerla comparecer en juicio, incrementando su victimización secundaria"*.

En definitiva, el órgano jurisdiccional de primer grado viene a admitir de manera explícita que con relación a la única prueba de cargo directa, protagonizada por quien se presenta como víctima, que reputa apta por sí misma para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia puesta en relación con otros aspectos periféricos que igualmente destaca y de los que después nos ocuparemos, **se ha visto privado de una parte sustancial del desarrollo de la prueba que admite no haber percibido personalmente**. La Audiencia Provincial admite efectivamente que no ha podido presenciar, en el sentido amplio de la expresión, la exploración de la menor, no ha podido ver su cara, ni apreciar sus gestos acompañando a las distintas expresiones, **limitándose solamente a escuchar lo verbalmente manifestado por ella**. Se trata, en definitiva, de una mera grabación de audio, en la que **el Tribunal**, si sirve esta expresión, **escucha pero no presencia**. Asegura, no obstante, que ha sido capaz de deducir que dicho relato resulta *"sumamente indicativo de veracidad y ausencia de doblez"*, a partir exclusivamente del tono de voz de la niña que refleja *"espontaneidad y confianza"*. No era necesario, nos dice, ver su cara, ni tampoco disponer de la posibilidad de interactuar con la fuente de prueba. Ni era precisa tampoco, añade, *"una pericia sobre credibilidad de su testimonio"*.

La credibilidad del testimonio.-

QUINTO.- Con respecto a esta clase de pericias, como destaca, por ejemplo, la STS nº 370/2018, de 19 de julio: *" La pericial sobre la credibilidad del testimonio no es, propiamente, una prueba sobre los hechos, pues el perito no ha visto la realidad de lo sucedido, ni tampoco una prueba sobre un elemento sobre el que el tribunal deba pronunciarse por afectar a la subsunción del hecho en un precepto penal sustantivo, pues nada se discute acerca de las capacidades mentales del acusado o la víctima, se trata de un elemento que permite al tribunal racionalizar la convicción obtenida, y ese extremo el tribunal lo declara en virtud de su apreciación inmediata y de las circunstancias concurrentes, realizar una valoración racional del testimonio del perjudicado. Las periciales sobre credibilidad no son auténticas pruebas periciales, se trata de instrumentos destinados a proporcionar al tribunal criterios de valoración de la prueba y pueden ser tenidos como innecesarios si el tribunal, en virtud de la madurez del testimonio oído en el juicio oral y de la ausencia de móviles espurios que vicieran el contenido de la declaración no los considera precisos"*.

Por su parte, la STS nº34/2018, de 23 de enero determina que: *"Respecto a este extremo del valor de los informes periciales psicológicos sobre la credibilidad de la menor y la veracidad de los hechos, hemos dicho en SSTs 10/2012 del 18 enero , 381/2014 de 23 mayo , 517/2017 de 14 junio , 323/2017 del 4 mayo , que esos dictámenes periciales pueden pronunciarse sobre el estado físico y psicológico de la menor antes y después de suceder los hechos, pueden incluso contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por la ciencia y **expresar si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad**. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer *fabulación, inducción, invención o manipulación* (SSTs. 23.3.94 , 10.9.2002 , 18.2.2002 , 1.7.2002 , 16.5.2003).*

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

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

Criterio reiterado en SSTs. 179/2014 de 6.3 , y 517/2016 de 14.6 que inciden 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 , 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, **si pueden aportarle criterios de conocimiento psicológico especializado y, por tanto, científico, sobre menores de edad y las pautas de su posible comportamiento fabulador, que le auxilien en su labor jurisdiccional.***

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 a 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 LECrim). 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 para decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado (Cfr: STS 485/2007, 28 de mayo)".

Así pues, no puede afirmarse, con pretensión de validez universal, que la ausencia de esta clase de informes resulte indispensable para que el testimonio de la posible víctima, menor de edad, pueda reputarse apto para enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia. Sin embargo, lo cierto es que dichos informes pueden, efectivamente, "aportar criterios de conocimiento psicológico especializado y, por tanto, científico, sobre menores de edad y las pautas de su posible comportamiento fabulador, que auxilie al Tribunal en su labor jurisdiccional". Y dichos informes resultan de tanta mayor

utilidad, en términos generales, cuanto menor es la edad de la persona explorada y más incipiente o germinal la formación de su personalidad.

En este caso en concreto, la Audiencia Provincial afirma que tales informes resultaban prescindibles, como lo era también "ver la cara de la menor", para concluir que la misma se expresaba con "veracidad y ausencia de doblez", consideraciones que extrae, según explica, de su "tono de voz". Declaración de la menor, así practicada y obtenida, que el Tribunal de primer grado considera averada por los elementos periféricos a los que se aludirá.

Los elementos de corroboración.-

SEXTO.- Ciertamente que la sentencia impugnada no descansa exclusivamente, aunque sí de manera principal, en el resultado de la exploración de la menor Tamara. Pondera también otros elementos, periféricos, que a su juicio vendrían a confirmar plenamente la veracidad de su relato.

Así, valora, especialmente, el testimonio de doña Natividad, madre de Marí Juana, quien resultó primeramente avisada por las niñas de lo que aseguraban sucedido. La testigo relató que las niñas jugaban en el parque, fuera de su vista, cuando se encontraron con el acusado. Y afirma también que vinieron hacia ella *"muy alteradas, llorando, lo que constituye una corroboración periférica de que había ocurrido algo relevante que les desagradó"*. Se afirma seguidamente en la sentencia impugnada que, *"estos familiares de las víctimas son testigos directos de parte de los acontecimientos. En concreto, de la posesión del billete de 20 € en manos de Tamara y de la oferta de dinero a su familia por parte del encausado"* entendiéndose, además, que "el hecho de que los parientes (salvo Marco Antonio, que si lo menciono) no incluyan en sus respectivos relatos lo que les contó Tamara (acerca de) *los tocamientos en pechos y vulva manifestados por ésta, no merma la fuerza de convicción del testimonio de Tamara, única persona que estaba presente al producirse"*.

Estas observaciones demandan, sin embargo, alguna matización. En primer lugar, la única persona, familiar de las menores, (madre de Marí Juana), que aseguró haber observado el mencionado billete de 20 € fue doña Natividad, --no, naturalmente, los demás familiares--, afirmando que lo tomó de manos de la niña y que lo rompió allí mismo delante del acusado. Sin embargo, este extremo resulta escasamente esclarecedor, en la medida en que el propio Marcos explicó en el juicio que había entregado ese dinero a la menor, a requerimiento de ella, añadiendo también que ya en una oportunidad anterior le había dado dinero, en presencia de su padre, ya que la niña se lo pidió primero a éste y el mismo no pudo o no quiso dárselo. Dicha circunstancia aparece, además, parcialmente corroborada por el propio padre de Tamara quien, en efecto, reconoció en el acto del juicio que "alguna vez había estado con el acusado en el parque con los niños".

Así pues resta, a nuestro parecer, un único y atendible elemento corroborador de lo expresado por las menores (especialmente por Tamara) que pudiera resultar sustancial o atendible. Se trata de la visita, que el propio acusado reconoce efectuó, a la vivienda de la menor con el propósito de ofrecer dinero a su familia para "solucionar el problema". Ciertamente, esta visita aparece confirmada por los familiares de Tamara, por los agentes de policía que acudieron a la llamada de su abuelo, y por el explícito reconocimiento al respecto del acusado. Sin embargo, conocida por éste la presentación de la denuncia, no resulta, a nuestro juicio, descartable en términos de razonabilidad que pudiera, como sostiene su defensa, haber ofrecido esa cantidad (entre 600 y 800 euros) para evitarse los evidentes problemas y riesgos que para él supondría un proceso penal, máxime en una pequeña localidad (de una población próxima a los 7.000 habitantes), incluso en la hipótesis de que no fuera responsable de los hechos que se le imputaban.

Lo cierto es, en definitiva, que la Audiencia Provincial ha forjado sus convicciones inculpativas sobre la base de una sola prueba directa de cargo, la mencionada exploración de la menor Tamara, practicada como prueba preconstituida y reproducida, en la forma dicha, en el acto del juicio oral. No ha dispuesto de la imagen de la menor durante dicha declaración, pudiendo tan solo escuchar su relato (hallándose así, a todos los efectos, en la misma posición respecto de la fuente de prueba que ahora ocupamos nosotros). Y no ha contado tampoco con ninguna clase de informe pericial que pudiera auxiliarle o advertirle acerca de posibles disfunciones en el relato de la menor. Junto a este, el único elemento sustancial de

corroboración del relato de la niña, viene constituido por la presencia posterior en su domicilio del acusado con el objeto dicho.

Pero es que, además de lo anterior, tampoco se pondera en la resolución impugnada, la existencia de ciertas faltas de sintonía entre las manifestaciones de las propias menores Tamara y Marí Juana. La sentencia impugnada se limita a señalar que la circunstancia de que los familiares de Tamara se refieran, exclusivamente, a que la niña les contó que el acusado la había agarrado y besado en la boca pero no hagan referencia (más que uno de ellos, su padre, de forma además muy imprecisa) a que también les dijera que la había tocado por todo el cuerpo "*no merma la fuerza de convicción del testimonio de Tamara, única persona que estaba presente al producirse*". Pero lo cierto es que tampoco la menor Marí Juana se refiere en absoluto a que hubiera podido presenciar, o a que su amiga le contara, que efectivamente se habían producido dichos tocamientos.

En realidad, la exploración de ambas menores resulta, a nuestro juicio, muy esquemática y poco precisa también respecto al modo en que los hechos sucedieron. Tanto que de sus respectivos relatos ni siquiera resulta con certeza si ambas estaban presentes, juntas desde el principio, cuando los hechos se produjeron; ni, más concretamente, si Marí Juana vio el beso en la boca que asegura que el acusado le dio a Tamara o si sólo tiene conocimiento del mismo por lo que su amiga le ha contado. Tan es así que en el propio relato de hechos probados de la sentencia impugnada se describe lo sucedido sin explicitar esta circunstancia, describiendo primero el ataque a la indemnidad sexual del que afirma fue objeto Tamara para asegurar que "asimismo, hacia las 18 horas de ese mismo día, el acusado siguió a Marí Juana, ofreciéndole 20 €, etc...."

También existen, a nuestro parecer, otras discrepancias, no menores, en el relato de las niñas. Tamara empieza por afirmar que "venía sola" y que vio "al viejo, amigo de su padre" y se sentó a su lado, sin referirse para nada a la presencia hasta ese momento de Marí Juana. Afirma que el acusado la agarró de la cintura, le dio un beso en la boca y "no paraba de tocarle las partes bajas y altas" (vulva y pecho, según precisó a preguntas del instructor). Asegura que el acusado "no la quería soltar y que ella, tras conseguir desasirse, llamó a su amiga Marí Juana", lo que, evidentemente, evoca la idea de que hasta ese momento la otra menor no estaba presente. Además, Tamara asegura que le contó a Marí Juana lo sucedido, lo que parece confirmar esa misma idea. Seguidamente, Tamara afirma que el acusado le decía a su amiga que "qué culo más bonito tenía" (extremo al que para nada se refiere la propia Marí Juana) y las dos se fueron a llamar a la madre de Marí Juana. No hace referencia en su relato Tamara a que el acusado en ningún momento sujetara a Marí Juana, le diera ningún beso ni se aproximara a ella de ninguna manera, ni tampoco a que le ofreciese dinero.

Sin embargo, Marí Juana en su exploración asegura que estaba jugando con Tamara y que "vino el viejo" (extremo que, evidentemente, no coincide con el anterior relato), añadiendo que a Tamara le dio 20 € "por un abrazo" y que a ella, a Marí Juana, le ofreció 100 €, pero que ella no los cogió. Explica Marí Juana que a ella no la agarró pero que le dio "un beso en la cara y un abrazo" (extremos a los que tampoco se alude en absoluto en el relato de Tamara).

Junto a todo lo anterior, la testigo doña Natividad, madre de Marí Juana, explicó en el juicio, a preguntas de la defensa, que las niñas "*venían corriendo llorando y decían que a Tamara un señor le había dado un beso, que le había dado 20 € y quería llevarla donde los conejos y que la había agarrado del brazo. Tamara no dijo en qué zona de la cara le dio el beso. Tamara dijo que el hombre la agarró del brazo para retenerla, no dijo que la hubiera tocado otras partes del cuerpo*". En absoluto refiere la testigo tampoco que su propia hija, Marí Juana, le hubiera contado que el acusado le dio a ella un beso en la cara y un abrazo.

En estas circunstancias, a partir de que no se ha contado como prueba directa de cargo más que con la exploración de la menor Tamara, practicada en la fase de instrucción como prueba preconstituida y reproducida en el juicio, con las deficientes condiciones dichas, y teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de las que se ha dejado hecho mérito, entendemos que la prueba practicada en el acto del plenario no resulta objetivamente bastante para que pueda reputarse enervado el derecho constitucional a la presunción de inocencia del acusado debiendo, en consecuencia, ser estimado íntegramente su recurso y absolver al mismo del ilícito penal por el que resultó condenado en la primera instancia.

Importa recordar que nuestro Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de destacar, por ejemplo, en su sentencia de fecha 15 de junio de 2.017, que el juicio acerca de la eventual vulneración de la presunción de inocencia denunciada, debe efectuarse sobre la base de un triple orden de consideraciones, a saber: a) El "juicio sobre la prueba", para constatar si existió prueba de cargo; b) "El juicio sobre la suficiencia", referido a la consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y c) "El juicio sobre la motivación y su razonabilidad", sobre si se explicitaron los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia. Todo ello para determinar si la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

A partir de estos elementos consideramos que el pronunciamiento condenatorio que se contiene en la sentencia impugnada descansa sobre la base de una prueba de cargo objetivamente insuficiente para enervar el mencionado derecho fundamental, así como que no se explicitan en ella de un modo convincente las razones para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO:

Que debemos estimar como estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Marcos contra la sentencia dictada con fecha 10 de abril de 2019 por la Sección 30ª de la Audiencia Provincial de Madrid, debiendo **REVOCAR como REVOCAMOS** la misma, en el sentido de **absolver al acusado del delito de abuso sexual** por el que resultó condenado en la primera instancia.

Todo ello, declarándose de oficio las costas devengadas en la primera instancia y las generadas como consecuencia del presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado, de conformidad con el art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta sentencia.

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.