

Id Cendoj: 28079120012009101162  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 311/2009  
 Nº de Resolución: 1251/2009  
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
 Ponente: DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x DECLARACIÓN DEL MENOR x
- x PRUEBA PRECONSTITUIDA x
- x AGRESIONES SEXUALES x
- x IN DUBIO PRO REO x

**Resumen:**

Declaración testifical preconstituída de una menor.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil nueve

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado **Constantino**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera, que le condenó por delito de agresión sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego **Ramos Gancedo**, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Sanz Arroyo y los recurridos Acusación Particular Higinio y Penélope, representados por la Procuradora Sra. Alvarez del Valle Lavesque.

**I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de **Valdepeñas** instruyó sumario con el nº 1 de 2.007 contra Constantino, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera, que con fecha 12 de enero de 2.009 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: *Apreciando en conciencia las pruebas practicadas, expresamente se declara probado que Constantino, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo desde septiembre de 2003 una relación sentimental con D<sup>a</sup> Penélope, contrayendo posteriormente matrimonio el 22 de octubre de 2004, separándose en julio de 2005. Con la pareja convivía la menor Belinda, nacida el 15 de enero de 2001, hija de D<sup>a</sup> Penélope que tuvo de un matrimonio anterior con D. Higinio. Aprovechando esta situación de convivencia el procesado, cuando se encontraba sólo con la menor en el domicilio familiar, sito en **Valdepeñas**, especialmente cuando la bañaba o la acostaba, guiado por el propósito de obtener un ilícito goce sexual, acariciaba partes íntimas de la menor y le introducía uno de sus dedos por la vagina o el ano, lo que le causaba daño a la menor, situación que se produjo en una pluralidad de ocasiones sin poder determinar su número o las fechas exactas en las que ocurrieron. Cesada la convivencia matrimonial la menor contó a sus padres, por separado, esos sucesos, quienes tras asesorarse médica y psicológicamente interpusieron denuncia el 19 de octubre de 2.005. Como consecuencia de estos hechos la menor no presenta secuela alguna, si bien muestra un claro rechazo a la persona del procesado.*

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: *Que por unanimidad debemos condenar y condenamos a Constantino, como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales de los arts. 181.1 y 2, 182.1 y 2, 180.1.4 y 74 del C.P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de 9 años de prisión, con inhabilitación especial durante este tiempo*

del derecho de sufragio pasivo, y a comunicarse o aproximarse a menos de 500 metros de Belinda por tiempo de 10 años, y a que satisfaga las costas procesales causadas incluidas las de la acusación particular, debiendo indemnizar a Belinda, a través de sus representantes legales, en la cantidad de 25.000 #, con los intereses legales establecidos en el art. 576 de la L.E.C. Y para el cumplimiento de la pena le será de abono al acusado el período de prisión preventiva sufrida por el mismo por la presente causa. Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación. De conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la Ley 35/95 de 11 de noviembre, BOE 12-12-95, notifíquese la presente sentencia al perjudicado que aparece como víctima del delito objeto de este proceso, librándose los despachos necesarios al efecto.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **Constantino**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Constantino**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., al haberse vulnerado el art. 24 de la C.E. que consagra el principio de presunción de inocencia e "in dubio pro reo"; Segundo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del número uno del art. 850.1 L.E.Cr., por haberse denegado a esta parte diligencias de prueba consideradas fundamentales para el esclarecimiento de los hechos objeto del proceso y que fueron propuestas en tiempo y forma; Tercero.- Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del nº dos del art. 849 L.E.Cr. basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios; Cuarto.- Por infracción de ley al amparo del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 116 C. Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, dándose igualmente por instruida la representación de las partes recurridas impugnando el recurso y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 2 de diciembre de 2.009.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Ciudad Real dictó sentencia por la que condenaba al acusado, Constantino, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abusos sexuales previsto y penado en los arts. 181.1 y 2 y 182.1 y 2 C.P., en relación con el art. 180.1.4 y 74 del mismo Código.

Los hechos declarados probados que el Tribunal de instancia subsume en los mencionados tipos penales consisten en que el acusado "mantuvo desde septiembre de 2003 una relación sentimental con D<sup>a</sup> Penélope, contrayendo posteriormente matrimonio el 22 de octubre de 2004, separándose en julio de 2005. Con la pareja convivía la menor Belinda, nacida el 15 de enero de 2001, hija de D<sup>a</sup> Penélope que tuvo de un matrimonio anterior con D. Higinio. Aprovechando esta situación de convivencia el procesado, cuando se encontraba sólo con la menor en el domicilio familiar, sito en **Valdepeñas**, especialmente cuando la bañaba o la acostaba, guiado por el propósito de obtener un ilícito goce sexual, acariciaba partes íntimas de la menor y le introducía uno de sus dedos por la vagina o el ano, lo que le causaba daño a la menor, situación que se produjo en una pluralidad de ocasiones sin poder determinar su número o las fechas exactas en las que ocurrieron. Cesada la convivencia matrimonial la menor contó a sus padres, por separado, esos sucesos, quienes tras asesorarse médica y psicológicamente interpusieron denuncia el 19 de octubre de 2.005. Como consecuencia de estos hechos la menor no presenta secuela alguna, si bien muestra un claro rechazo a la persona del procesado".

**SEGUNDO.-** El acusado recurre en casación contra la referida sentencia formulando un primer motivo por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 C.E., en cuyo extenso desarrollo se alegan una serie de argumentos impugnativos todos ellos convergentes en la censura de insuficiencia de la prueba de cargo, falta de validez de la utilizada por el Tribunal para formar su convicción y la irracionalidad del resultado valorativo de la misma.

En relación con la prueba de cargo que fundamenta la declaración de culpabilidad del acusado, la

sentencia comienza la exposición de su fundamentación jurídica recordando la doctrina jurisprudencial de esta Sala de que la declaración inculpativa de la víctima es prueba bastante para desvirtuar el principio presuntivo de inocencia, siempre que en la misma se aprecie ausencia de incredulidad subjetiva del testigo-víctima, la verosimilitud de la imputación, que debe estar avalada por algún elemento periférico corroborador de carácter objetivo, y, por último, persistencia en la inculpativa sin graves contradicciones.

El primer problema surge cuando la sentencia reconoce que "este Tribunal no ha oído a la menor" por propia decisión de la Sala de instancia atendiendo a la corta edad de la misma y a su bienestar y protección "cuando evidentemente ya tenemos su relato de los hechos recogidos a través de testigos y peritos" (sic). Los testigos son el padre biológico y la madre de la niña, "con una clara enemistad con el procesado", pero se abstiene de toda argumentación por la que se excluya un testimonio inveraz precisamente por la manifiesta enemistad con el acusado que pudiera haber sido la causa de unas declaraciones inculpativas mendaces por parte del padre y la madre de la menor o de haber influenciado en ésta -de tan solo cuatro años de edad- para que relatara los hechos como lo hizo. Que no son propiamente testigos de los hechos que se imputan, sino receptores de lo que la niña les relató al respecto de esos actos sexuales. Es decir, testigos de referencia.

Como también son testigos de referencia los psicólogos que informan al Tribunal de las manifestaciones de la menor sobre esos hechos durante la exploración pericial realizada sobre aquélla, con independencia de que también se pronunciaran sobre extremos propios de su especialidad.

**TERCERO.-** La doctrina de esta Sala de casación sobre esta cuestión se expresa en numerosos precedentes jurisprudenciales, consolidando un criterio uniforme respecto a la necesidad del testimonio del menor cuando se trata de la única prueba sobre la que establece por el Tribunal sentenciador el pronunciamiento de culpabilidad del acusado, subrayando que la necesidad evidente de acudir a la declaración de la propia víctima como único soporte para la acreditación de unos hechos, especialmente en delitos de tan acusadas notas circunstanciales de clandestinidad, como el que aquí nos ocupa, ha obligado a la elaboración de todo un cuerpo doctrinal que llega al reconocimiento de ese valor determinante, para alcanzar un pronunciamiento condenatorio, que puede tener la sola declaración prestada por la víctima, ayuna incluso de otros elementos de corroboración, aún contra la recíproca versión exculpativa ofrecida por el acusado.

Pero, obviamente, para que semejante eficacia se produzca, la decisiva declaración habrá de verse rodeada de una serie de requisitos esenciales y exigentes, que le doten de la imprescindible credibilidad.

La concurrencia de datos objetivos que la desvirtúen, de motivos espurios que la hagan sospechosa de inveracidad, de contradicciones o de falta de persistencia, en fin, de argumentos que, de un modo u otro, supongan un cuestionamiento de su veracidad, ha de restar a esa prueba determinante su valor inculpativo, conduciendo, en ausencia de otros medios bastantes de acreditación, a la absolución del acusado.

Ahora bien, para la correcta apreciación por el Tribunal de la concurrencia o no de tales requisitos y, en definitiva, para la adecuada formación de su convicción acerca de la confianza que merece la declaración de la víctima, lógicamente no cabe otro camino que el de la **directa percepción de la misma, en el acto del Juicio y con la debida intermediación**. Máxime cuando tal declaración resulta, a pesar de las dificultades que pudiera plantear su práctica, posible en todo caso.

Hay que tener presente, en este punto, que el interés sin duda excepcional, por sus especiales características, que ha de merecer la protección de la indemnidad sexual de un menor, como bien jurídico tutelable reconocido en nuestro ordenamiento, no puede llegar a obviar otros derechos esenciales, que en el presente supuesto amparan al acusado, como **el de defensa e interdicción de la indefensión, contradicción en la práctica de la prueba**, a un procedimiento con todas las garantías y, en definitiva, a la propia **presunción de inocencia**, que no puede ser desvirtuada sino mediante la aportación de pruebas válidas y bastantes para su enervamiento.

De otro lado, y en estrictos términos procesales, hay que añadir que **los testimonios de referencia sólo en caso de imposibilidad de práctica de la prueba directa pueden tener verdadera virtualidad y fuerza acreditativa suficientemente satisfactoria** (SS.T.S. de 4 de Julio de 2000 y 30 de Marzo de 2001, entre otras).

Al estudiar un supuesto similar al presente, la STS de 20 de septiembre de 2.002 razonaba que *nos encontramos, por tanto, frente a un supuesto en el que la acusación se sustenta, esencialmente, en el relato*

de los hechos que se dice hicieron las hijas de corta edad del acusado, en concreto la mayor de ellas. Pero, a su vez, esa declaración no ha sido prestada ante la Autoridad judicial, ni ante el Instructor en la fase de investigación, ni en el acto del Juicio oral, al que no se le hace comparecer, ante la aparente falta de memoria de los hechos, en gran parte producida, según se dice, como consecuencia de una lógica reacción elusiva, así como persiguiendo una finalidad de protección del menor frente a los posibles daños psicológicos que la victimización procesal pudiera ocasionarle.

De modo que, razonaba la sentencia mencionada, las pruebas aportadas por las acusaciones, en sustento de su pretensión de condena, consisten en las declaraciones de personas próximas a las menores, como su propia madre y los educadores, facultativos y restantes profesionales que, tras la denuncia, se entrevistaron con las niñas, y que dicen haber sido destinatarios de un relato de abusos sexuales cometidos contra éstas por su padre, el acusado. Además, se presentan informes periciales, de estos mismos facultativos, que persiguen avalar la credibilidad de la versión que dicen haber escuchado de labios de las menores.

Por ello, proseguía, hallándonos ante la imposibilidad de valorar nuevamente dichas pruebas, por no corresponderse, conforme lo ya dicho, con la estricta función casacional, base del presente Recurso, no hemos de insistir en otro aspecto muy digno de consideración para quien juzga, como es el de la conocida dificultad que entraña la apreciación de credibilidad del testimonio de una niña de tan corta edad, sin duda fácilmente influenciable en su recuerdo de la verdad por el interrogatorio de los adultos, que, incluso de forma absolutamente no intencionada, pueden condicionarle, como demuestran multitud de estudios de psicología infantil y de la memoria realizados al efecto.

Pero, con todo, tal circunstancia añadida a la peculiaridad del caso, **abona aún más la necesidad de una percepción directa por el Tribunal de la única prueba directa** de lo realmente acontecido, la declaración de las niñas, para la correcta formación de su convicción y, en su caso, condena del acusado.

Convicción que, en modo alguno, puede ser completamente sustituida, de otra parte, por la opinión ofrecida por los peritos en orden a la credibilidad que tal testimonio mereciera. Peritos cuya función procesal ha de ceñirse al auxilio al Tribunal en la más recta formación de su propio criterio.

La evitación de los perjuicios que a una niña tan pequeña pudiera ocasionarle la rememoración de unos hechos es argumento de extraordinario peso, sin duda, para justificar su ausencia del Juicio, excusándole de comparecer a él, a pesar del evidente esfuerzo desplegado por nuestro Legislador para solventar situaciones como ésta, a través de medidas excepcionales de protección como las previstas en la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de Junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que reforma, en esta materia, los artículos 448, 455, 707 y 713 de la Ley procesal.

Pero de ahí no puede seguirse, en modo alguno y para estos casos, **una exoneración del cumplimiento, no sólo del principio de inmediación en la práctica de la prueba, que al Tribunal atañe, sino también de instrumento tan esencial para el debido ejercicio de defensa del acusado como la posibilidad de sometimiento de dicha prueba a la necesaria contradicción en Juicio**. Máxime cuando, como en el presente caso, ni tan siquiera se ha propuesto como prueba por la Acusación la declaración de las menores o, al menos, argumentado suficientemente la imposibilidad o dificultades para su práctica.

Sorprendiendo, en realidad, el apriorístico argumento de que tal omisión se produzca por el trastorno que ello pudiera ocasionar en la estabilidad psicológica de las menores, cuando, a la vista de lo actuado, las niñas han sido examinadas en repetidas ocasiones por diversos especialistas y profesionales y, sin embargo, **se sustrae su presencia ante el órgano juzgador, que es quien debe apreciar directamente la credibilidad** que le merezca semejante prueba de relevante trascendencia para una imputación de tanta gravedad, acorde con los reprobables hechos que denuncia, y que conllevaría, de estimarse, unas consecuencias, penológicas y de todo orden, de considerable gravedad para el acusado.

Pues, como dice la Sentencia de este mismo Tribunal, de 28 de Febrero de 2000, ante supuesto análogo al que nos ocupa: "**Siendo unánimemente reconocida la necesidad de tutelar eficazmente la indemnidad sexual de los menores, así como la de minimizar los efectos negativos de su ineludible intervención en el proceso, adoptando para ello las necesarias cautelas, ha de convenirse también en que estos objetivos no pueden alcanzarse a través de la creación de un modelo procesal excepcional, de carácter cuasi-inquisitorial, en el que se invierta la carga de la prueba sustituyéndose el deber de la acusación de probar la culpabilidad por la obligación de la defensa de probar la inocencia, se prescinda de la inmediación y de la contradicción, o se impida a la defensa el acceso directo a las fuentes de prueba, con las precauciones que se estimen procedentes,**

**desequilibrando con ello la balanza del proceso a favor de la acusación, única parte a quien se permite dicho acceso, sin posibilidad de contradicción "** (En semejante sentido, también la STS de 22 de Marzo de 1995 , entre otras) (en el mismo sentido, la STS de 20 de marzo de 2.002 ).

**CUARTO.-** En esta misma línea doctrinal se pronuncia la muy importante STS de 14 de marzo de 2.006 que, profundizando en la cuestión de la protección del testigo-víctima menor de edad, señala que *tras la reforma introducida por la LO 14/99 de 9 de junio, que cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.*

En el caso que analizaba esta sentencia , este Tribunal señalaba que , la víctima , considerada testigo por la jurisprudencia (SSTS de 4-5-90, 12-7-90, 18-9-90, 17-11-2003 , y, *entre otras muchas la núm. 1556/2003, de 17 de noviembre, rec. 242/2003*), *no declaró en ningún momento , ni se manifestó ante la Policía, por el Juez de Instrucción, ni por el Tribunal de instancia en la Vista del Juicio Oral.*

*En la fase sumarial, la explicación de ello se encuentra, probablemente, en la recomendación contenida en el informe (fº 65) de la psicóloga Sra. Regina , del Servicio de Atención Psicológica de Servicios Sociales del Instituto Espill, realizado a petición de la Sección de Menores de la Dirección Territorial de Alicante de la Consellería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, en el sentido de "evitar en lo posible, en la declaración judicial de la menor, situaciones desagradables y angustiosas para la menor", poniendo a disposición del juzgado la grabación efectuada y efectuando otra serie de sugerencias para el caso de que se considerara imprescindible tal declaración.*

*En la fase intermedia, el Ministerio Fiscal (fº 27, 28 del rollo de Sala) propuso como prueba testifical la exploración de la menor, y dentro de la pericial la comparecencia de los psicólogos antes mencionados y del médico forense que reconoció físicamente a la niña. Las defensas en sus correspondientes escritos (fº 30 y 31) propusieron los mismos medios que el Ministerio Fiscal, aunque fueron renunciados por él.*

*La Sala, por providencia de 2-12-03 (fº 34 ) acordó pedir que se le remitieran las grabaciones efectuadas a la menor; y por auto de 11-2-04 (fº 55 ) acordó celebrar la Vista, declarando pertinentes todas las pruebas propuestas, pero sustituyéndose la testifical de la menor por el visionado de las cintas que contienen las grabaciones del testimonio de la menor, sin perjuicio de que pueda interesarse la testifical correspondiente .*

*Llegado que fue el día señalado para el comienzo de las sesiones de la Vista del Juicio Oral, comparecieron los acusados prestando declaración, así como los psicólogos autores del primer y del segundo informe pericial, y el médico forense propuestos. Y solicitado por el Ministerio Fiscal el visionado de las cintas -de varias horas de duración- (Fº 92) la Sala lo denegó considerándolo improcedente , indicando críticamente que , según los peritos, no hay relato .*

**De todo lo anterior se deduce que la menor víctima, que ni estaba enferma, ni incapacitada para acudir al Juicio, y que contaba con raciocinio suficiente para comparecer en él (en el momento de los hechos tenía seis años y cuando se celebró el juicio, ocho), no fue oída por el Tribunal de instancia, ni siquiera a través de las grabaciones efectuadas recabadas por el Tribunal para la Vista.**

*Al respecto, el TC, en sentencias como la núm. 146/03, de 14 de julio , precisa que "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 (SSTEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta; de 19 de febrero de 1991 , caso Isgro; 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 (STEDH 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 inculpatorias 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 probables.

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.*

*Aunque no es el caso, en ocasiones, la sala de instancia justifica el anómalo hecho basándose en que la declaración del menor fue desaconsejada por los profesionales que lo trataban bajo pena de agravar las secuelas derivadas de su condición de víctima, y en resultar ello de los principios básicos recogidos en la Exposición de Motivos de la LO 1/96, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, y en el art. 3 de la Convención de derechos del Niño de Naciones Unidas, ratificada por España el 30-11-90 .*

*La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que, en efecto, es desarrollo tanto del art. 39.4 CE como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2, como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, "la supremacía del interés del menor" y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal" y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección "se evitará toda interferencia **innecesaria** en la vida del menor".*

*Y en el art. 17 de la misma LO se contiene el mandato a cuyo tenor "en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, (...) 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".*

*El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, 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 superior del niño".*

*Pero, aún siendo todo ello cierto, puede sostenerse que el llamamiento judicial de un menor que se supone ha sido víctima de un delito, para que se someta a las preguntas de la Defensa del acusado, **no es una interferencia innecesaria puesto que está en juego que al último se le declare culpable o inocente y, por otra parte, su derecho a interrogar tiene rango constitucional** , sin perjuicio de las cautelas que tiene previstas el mismo legislador inspirado por tales principios para hacerlos efectivos, sin menoscabo de las garantías constitucionales y procesales de las partes del proceso.*

*No puede tampoco aceptarse -como a veces se sostiene- que al amparo de aquella normativa tuitiva resulte innecesaria la comparecencia de la víctima, dada su edad, y que existan siempre otros medios de prueba de entidad suficiente, no sólo para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, sino para fundamentar una sentencia condenatoria.*

*Los principios de protección del menor víctima han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que sea compatible su testimonio directo con la preservación de su privacidad, y disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la revictimación o victimación secundaria, que todo proceso lleva consigo.*

*Así, la LO 19/94, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales establece ya una serie de medidas entre las que se cuenta (art. 2.b) la utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.*

*Y la Ley 35/95, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, prescribe (art. 15.3 ) que en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.*

*Y el mismo texto añade que (art. 15.5 ) el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal.*

*Por su parte, como ya vimos, el párrafo segundo del art. 707 de la LECr. (introducido por la LO 14/99 de 9 de junio ) prescribe que cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de*

dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado **evitando la confrontación visual con el inculgado**, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.

En esta línea, el art. 229 de la LOPJ (tras la reforma producida por la LO 19/2003, de 24 de diciembre), después de proclamar en su núm. 2 que "las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el juez o tribunal, con presencia e intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley", admite en su párrafo 3 que estas actuaciones se realicen "a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre las personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal".

Y, finalmente, el art. 325 de la LECr. (redacción de la LO 13/03, de 24 de octubre) admite que "el Juez de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquéllos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la LOPJ".

Se ha constatado, en definitiva, que en nuestro caso la prueba testifical indirecta ha sustituido a la directa, con la imposibilidad de que el valor probatorio de esta última hubiere sido apreciado por el Tribunal, sin haberse acreditado la imposibilidad material de que compareciera en el juicio oral la testigo presencial víctima, a pesar de la petición en tal sentido realizada oportunamente por las defensas de los acusados y del Ministerio Fiscal. Se ha acreditado que en la Vista, ni siquiera se procedió al visionado de las grabaciones de audio-video efectuadas -tal como estaba previsto por el Tribunal y solicitó expresamente el Ministerio Fiscal-.

Por otra parte, el visionado y audición de las cintas, -en defecto de la percepción directa del testimonio de la víctima- resultan fundamentales e imprescindibles para poder comprobar el contenido y sentido de las manifestaciones inculpatorias respecto de los dos acusados, en su caso, efectuadas por la menor, y para calibrar si la técnica utilizada por la psicóloga fue correcta en sus entrevistas estructuradas o no, evitando cualquier género de sugestión incompatible con las exigencias procesales (ex arts. 439,709 y concordantes de la LECr.) garantizadoras de la espontaneidad de todo testimonio.

Lo expuesto viene en su conjunto a poner de manifiesto que podría entenderse vulnerado el precepto constitucional contenido en el art. 24.2 de la CE, pero no solamente por lo que se refiere a la presunción de inocencia, sino a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y al derecho a la celebración de un proceso con todas las garantías, utilizando los medios de prueba pertinentes.

**QUINTO.-** Es cierto que de manera excepcional y en situaciones muy significativas ha prevalecido "la supremacía del interés del menor" a que se refiere el art. 11.2 de la L.O. de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1.996, ya citada, evitando la declaración en el Juicio Oral cuando existan razones fundadas de que ello provocaría unas consecuencias perniciosas para el estado y equilibrio mental del menor. Así se admite en la STS de 1 de julio de 2.002, ante "las profundas y gravísimas secuelas que dejó en las niñas el repugnante comportamiento de los acusados" y las severas prevenciones del daño que sobre la psiquis de las mismas pudiera suponer someterlas de nuevo a interrogaciones y exploraciones en el acto de la Vista Oral. No obstante lo cual, se procedió a la audición de las cintas en las que grabó la exploración de aquéllas efectuada en fase de instrucción "para que quedase de ella el más fiel reflejo ... de las manifestaciones de la niña".

En el caso objeto del recurso de casación que examinamos ahora no se dan esas circunstancias excepcionales, ni tampoco se han podido utilizar medidas alternativas, como veremos. En efecto, examinadas las actuaciones según nos faculta el art. 899 L.E.Cr. comprobamos los siguientes datos: a) el Informe médico-forense de 18 de enero de 2006, especifica que "no se aprecian alteraciones o signos psicológicos que pueda denotar que la niña haya sido víctima de abuso/agresión sexual"; b) En el Informe elaborado por el Área de Psicología Clínica (Programa de Asistencia Psicológica a Víctimas de Agresiones Sexuales) de Ciudad Real, fechado el 27 de marzo de 2.006, se expone que "no se registran indicadores de ansiedad situacional durante la evaluación", "ni de alteración emocional asociados a un cuadro de psicopatología infantil .... y no se justifica la necesidad de tratamiento psicológico en la actualidad"; el Informe Psicológico del Instituto de Medicina Legal de Toledo y Ciudad Real, de 15 de septiembre de 2.006,

la perito destaca, en lo que aquí interesa: que no se aprecian indicios en la actualidad de un posible trastorno de ansiedad, especialmente postraumático, ni alteraciones comportamentales de la menor; que cuenta los hechos sin excesiva angustia aunque manifiesta vergüenza, ni se aprecia sintomatología asociada al trauma, aunque se recomienda reducir al máximo la victimización secundaria que se produciría al reevaluar y reexperimentar sucesos ya adecuadamente resueltos. Como conclusión señala que por todo lo anteriormente expuesto y atendiendo al interés superior del menor precedente en todo proceso de decisiones y actuaciones, **no se considera favorable realizar la exploración de la menor en presencia del inculpado (presunto agresor). Evitando el enfrentamiento con el agresor, procurando la protección visual de la menor**, siempre que sea necesario, y preservando la intimidad de la menor. Y **se recomienda** por parte de este equipo psicosocial, **que la exploración se realice mediante grabación audio-visual**, para que la menor no tenga que, en la medida de lo posible, volver a relatar los acontecimientos motivo de este procedimiento.

**SEXTO.-** Estas medidas tienen por objeto compatibilizar la protección del menor-víctima, evitándole una victimización secundaria y, a la vez, garantizar el sacrosanto derecho de defensa del acusado. La declaración de aquél en el juicio oral tras una mampara evitando la visión del acusado y viceversa encuentra su apoyo en el *art. 2 b) de la Ley Orgánica de Protección de Testigos 19/1994* y ha sido admitida con la doble finalidad mencionada en S.S.T.S. como las de 22 de junio de 2.006 y 26 de julio de 2007, cuando exista un riesgo acreditado por los especialistas de graves perturbaciones psíquicas del menor al declarar a cara descubierta, en contacto visual y físicamente inmediato con el agresor y en un escenario emocionalmente impactante como es el del Juicio Oral.

Más eficaz a los fines pretendidos resulta la mecánica de que el menor-víctima testifique y se someta a las preguntas de la defensa durante el Juicio Oral (que, como se sabe, es donde se practica la actividad probatoria) mediante videoconferencia, estando el menor físicamente distante de la Sala de Audiencia sin contacto visual ni físico con acusado, defensor, Tribunal, acusaciones y testigos, pero en condiciones idóneas para declarar y responder a las preguntas que se le formulen eliminando el peligro de consecuencias emocionales perjudiciales.

Nada de esto se hizo en el supuesto que examinamos. La menor -de ocho años- podía haber comparecido y no lo hizo, y podía haber declarado en condiciones protectoras como las mencionadas y tampoco se hizo así, de suerte que no se practicó la prueba de cargo que podía fundamentar la culpabilidad del acusado, con respeto al derecho de defensa de éste, ocasionándole una gravísima indefensión que vulnera flagrantemente su derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

**SÉPTIMO.-** Enfocado el problema desde la perspectiva de la prueba preconstituida, debe llegarse a la misma conclusión. Se trata de valorar la validez como prueba de cargo de la exploración del menor víctima presunta de un delito de naturaleza sexual, efectuada en fase de instrucción con las debidas garantías de defensa para el acusado y con el empleo de medios que preserven la integridad psíquica del menor al relatar y rememorar sus negativas y dolorosas experiencias.

De los diversos ejemplos que nos ofrece la experiencia jurisprudencial, rescataremos el que se analiza en la STS de 22 de junio de 2.006, donde se expone que *ante las dificultades propias del caso en que la menor manifestaba sus reticencias a hablar de los hechos por su natural pudor, por tal juzgado se acordó practicar una diligencia de exploración en los locales de los juzgados de familia de Barcelona con el auxilio de unas psicólogas que se entrevistaban con ella en una habitación contigua al despacho donde se encontraban el Juez de Instrucción con el secretario del juzgado, la letrada del imputado y la de la Generalidad de Cataluña que actuaba como acusación particular en cuanto tutora de la menor.*

*En tal diligencia las mencionadas psicólogas entrevistaron a Valentín bajo la observación -a través de un espejo- de quienes se hallaban en el referido despacho contiguo sin que pudieran ser vistos por dicha menor que en esa fecha (24.5.2002) ya había cumplido 11 años. Todo ello con el resultado que fue grabado y filmado en soporte audiovisual mediante el equipo allí instalado. Tal entrevista fue interrumpida en un momento determinado para introducir las preguntas que las partes indicaron.*

*Y en el juicio oral, celebrado tres años después, en la primera sesión del 15.2.2005, la menor declaró como testigo de forma vaga y genérica conforme nos dice la sentencia recurrida (fundamento de derecho 3º, pág. 5), aunque ya manifestó determinados extremos reveladores de la conducta del padrastro con ella, por lo que la acusación particular solicitó la exhibición de lo grabado en la sede de los juzgados de familia de Barcelona, prueba propuesta conjuntamente por esta parte y por la defensa del procesado.*

En el caso que examina esta Sentencia, la prueba preconstituida fue practicada con plena

salvaguarda del derecho de defensa del acusado, habiendo ejercido el Letrado defensor de éste su derecho de contradicción efectiva y, además, el contenido de dicha prueba se introdujo en el debate procesal del Juicio Oral, por todo lo cual se consideró elemento probatorio de cargo suficiente y apto para enervar el derecho de presunción de inocencia.

En esta misma línea se pronuncia la reciente STS de 10 de marzo de 2.009 (tratabasé de abusos sexuales de los que fue víctima una niña de cinco años, y ocho cuando se celebró el juicio oral), que profundiza amplia y rigurosamente en la materia, rechazando la impugnación de la defensa del acusado fundamentada en el hecho de que la menor víctima de los abusos sexuales no estaba imposibilitada de comparecer ante el Tribunal sentenciador por lo que la prueba preconstituida o anticipada carecía de eficacia.

Al analizar el concepto de "imposibilidad" de la comparecencia del testigo de cargo, señalábamos en dicha resolución que junto a la procedente de materiales obstáculos para la realización del testimonio, se han de incluir también los casos en que exista riesgo cierto de producir con el testimonio en el Juicio Oral **graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual**. Este es ya un valor incorporado al derecho positivo, y en cuanto su vulneración es repudiada por el orden jurídico, nada impide reputar como casos de imposibilidad los que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegida por la ley. Para valorar adecuadamente la necesidad de la prueba en el Juicio Oral ha de ponderarse, como subraya la Sentencia de esta Sala 151/2007 de 28 de febrero, el derecho del acusado pero también el derecho del menor a la protección de su libre desarrollo de la personalidad y la protección de la infancia. Esa Sentencia, reiterando lo dicho por la Sentencia 429/2002 de 8 de marzo, recuerda que la *L.O. 1/1996 de 15 de enero*, de Protección Jurídica del Menor, que es desarrollo tanto del *art. 39.4* de la Constitución Española como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el *art. 11.2 como dos* de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, "la supremacía del interés del menor" y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal", y dispone en el *art. 13.3* que en las actuaciones de protección "se evitará" toda interferencia innecesaria en la vida del menor". Y en el *art. 17 de la misma Ley Orgánica* se contiene el mandato de que "en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudique el desarrollo personal y social del menor, 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 inciden en la situación personal y social en que se encuentra". El *art. 3.1* de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, 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 atenderán será el interés supremo del niño". Esta jurisprudencia -añade la sentencia citada de 28 de febrero de 2007-, que atiende al superior interés del menor en el enjuiciamiento penal, cuando es testigo del hecho criminal, compaginando las exigencias de su específica protección con los que en derecho procesal penal corresponden al acusado de un hecho delictivo, particularmente a oír los testimonios en su contra y a formular preguntas al testigo de cargo (*art. 6.3 del CEDH*), obliga a una búsqueda de equilibrio y ponderación entre los intereses descritos.

Por otra parte el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, Sentencia de 16 de junio de 2005, proa. C-105/2003 "Caso Pupino" declara que los *arts. 2,3 y 8 apartado 4 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001*, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal debiera 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".

El órgano jurisdiccional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad a dicha Decisión marco.

Se trata de una decisión de gran alcance y con indudable incidencia en el caso que nos ocupa. En efecto, la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, obliga a brindar a los sujetos pasivos de hechos delictivos que sean especialmente vulnerables un trato específico acorde con su situación (*art. 2, apartado 2*). En particular, prevé que testifiquen en condiciones que permitan su efectiva protección frente a las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública (*artículo 8, apartado 4*). Con todos estos antecedentes es ya evidente que la exigencia de los *arts. 448 y 777 de la LECr*, en el procedimiento ordinario y de urgencia

respectivamente, acerca de que se prevea la "imposibilidad" de practicar una prueba testifical en el Juicio Oral, para quedar justificada su anticipada práctica durante la fase sumarial -con todas las garantías que tales preceptos establecen- no puede ya ser interpretado sino con la plena inclusión en esa hipótesis de los casos de niños víctimas de delitos sexuales. En consecuencia, concluimos que debe entenderse que en este caso la utilización por el Juzgado de instrucción de la prueba preconstituida prevista en el *art. 777 de la LECr*, se acomodó a la exigencia establecida en el precepto como justificante o habilitante de su práctica, como es que fuera de temer razonablemente que la exploración de la menor, víctima del abuso sexual, no pudiera practicarse en el Juicio Oral, entendiendo la idea de imposibilidad en los términos ya precisados en los razonamientos expuestos.

En definitiva en este caso la prueba preconstituida se hizo a presencia del Juez de Instrucción, asistido del Secretario Judicial, y con la presencia del Ministerio Fiscal y del letrado del imputado, en la fase instructora del procedimiento abreviado, quedando por ello cumplida la exigencia del principio de contradicción establecida por el *art. 772.2 de la LECr*. Por otra parte y como señala la sentencia de instancia, la psicóloga realizó a la niña las preguntas que le fueron requeridas y quisieron hacerle todas las personas presentes en la exploración, ausentándose aquella en dos ocasiones para recabar de las partes cuantas preguntas quisieron hacerle a la menor. En consecuencia el principio de contradicción fue perfectamente observado en este caso y la diligencia de exploración grabada en vídeo y audio, y reproducida por el Tribunal en el acto del Juicio Oral.

**OCTAVO.-** En el caso actual, resulta abrumadora la falta de garantías que requiere el derecho a la tutela judicial del procesado.

En efecto: por el Juez de Instrucción se practicó una exploración de la menor singularmente sucinta y concisa en la que no intervino el defensor del acusado (F. 36), por lo que no sólo no pudo formular preguntas, sino ni siquiera escuchar lo que allí se dijo.

Se practicaron informes médico-forenses y psicológicos por parte de especialistas y que no advirtieron alteración emocional en la menor y, a todo lo más, uno de éstos prevenía -ya se ha dicho- la conveniencia de procurar la protección visual de la menor respecto del inculpado, evitando el enfrentamiento directo con éste, aconsejándose que una nueva exploración, "si era necesaria", se realizara mediante grabación audio visual.

El Tribunal de instancia no adoptó ninguna de estas medidas precautorias que armonizaban la protección de la integridad del menor ante un eventual y no confirmado riesgo de su integridad y equilibrio mental y emocional, junto al insoslayable derecho de defensa del acusado. El resultado de todo ello ha sido que no sólo el defensor del acusado no ha podido ejercer el derecho de defensa mediante la expresión más importante el mismo cual es la contradicción, sino que ni siquiera ha visto en ningún momento a la menor ni escuchado de sus labios las manifestaciones efectuadas por ella, pues es de destacar en este punto que la grabación de la exploración practicada por la perito psicóloga no le fue entregada al Letrado defensor que la solicitó porque fue inutilizada previamente. Pero es que tampoco pudo ser vista ni oída dicha menor por el Tribunal sentenciador ni de modo directo por su incomparecencia, ni de modo indirecto mediante la visualización y audición de su relato contenido en una grabación que no tuvo acceso al plenario, con lo que la ausencia de intermediación resulta clamorosa. Y, desde luego, no puede en modo alguno sustituirse el pronunciamiento de credibilidad que corresponde en exclusiva al Tribunal, por el que consideren los peritos psicólogos que recibieron el relato de la menor, -que, por otra parte, se limitan a concluir que la versión de la menor podría ser "probablemente creíble"-, puesto que, como expresamente establece la STS de 16 de mayo de 2.003 aunque es cierto que la apreciación probatoria de los medios de acreditación que se ofrecen y practican ante el Tribunal sentenciador, corresponde de forma exclusiva al mismo, sin que dicho órgano jurisdiccional pueda declinar la responsabilidad que en esta materia le encomienda el *art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, desarrollo penal del *art. 117* de la Constitución Española, no es menos cierto que cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con desarrollo aún inmaduro de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación, que pueden incidir en su manera de narrar aquello que han presenciado, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, la prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos), rindiendo su informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal, y aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de verosimilitud del menor, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de un menor, víctima de un delito de naturaleza sexual.

No basta solamente con tal informe pericial, sino que el propio Tribunal debe valorar la propia exploración de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado de verosimilitud de su narración, informado pericialmente, no será sino un

componente más de los habrá de tener en cuenta la Sala sentenciadora para llegar a una u otra conclusión convictiva.

**NOVENO.-** Corolario obligatorio de cuanto antecede no puede ser otro que la estimación del motivo sin necesidad de analizar el resto de las censuras casacionales, por lo que la sentencia recurrida debe ser casada y anulada, dictándose otra por esta misma Sala en la que se absuelva al acusado del delito que se le imputaba con todos los pronunciamientos favorables.

### III. FALLO

**QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de *precepto constitucional*, con estimación de su motivo primero y sin entrar en el examen de los restantes, interpuesto por la representación del acusado **Constantino** ; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera, de fecha 12 de enero de 2.009, en causa seguida contra el mismo por delito de agresión sexual. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro **Diego Ramos Gancedo**

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil nueve

En la causa instruida por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Valdepeñas, con el nº 1 de 2.007 , y seguida ante la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Primera, por delito de agresión sexual contra el acusado **Constantino** , con D.N.I. NUM000 , nacido el 04-06-1971 en Mota del Cuervo, hijo de Julio y de María Teresa, en libertad por esta causa y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 12 de enero de 2.009 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego **Ramos Gancedo**, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** El relato histórico de la sentencia recurrida no ha quedado acreditado por prueba de cargo legalmente practicada y de suficiente contenido incriminatorio.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Los que se consignan en la primera sentencia de esta Sala.

### III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos con todos los pronunciamientos favorables al acusado **Constantino** del delito de abusos sexuales continuado que se le imputaba, con declaración de oficio de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro **Diego Ramos Gancedo**

**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Diego **Ramos Gancedo**, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.