

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 07/10/2021

Nº de Recurso: 4408/2019

Nº de Resolución: 760/2021

Procedimiento: Recurso de casación

Ponente: MANUEL MARCHENA GOMEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

En Madrid, a 7 de octubre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional, y por quebrantamiento de forma; interpuesto por la representación del acusado D. Baldomero, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Segunda de fecha 4 de junio de 2019 en el Rollo de Sala n.º 54/2018, (dimanante del Procedimiento Sumario n.º 1/2016 del Juzgado de Instrucción n.º 8 de Alicante), que le condenó por dos delitos continuados de agresión sexual a menores de edad, 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, siendo parte el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por el procurador D. Alfredo Barceló Bonet, bajo la dirección letrada de D. Javier Teijeiro Rego.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción n.º 8 de Alicante instruyó sumario n.º 1/2016 contra D. Baldomero y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 2.ª, que con fecha 4 de junio de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "ÚNICO.- El acusado con domicilio en C/ DIRECCION000 n.º NUM000 de Alicante desde el año 2014 en octubre hasta octubre de 2015 cuando su primo Claudio dejaba a sus dos hijos menores al cuidado del acusado, pues vivían en el mismo edificio y planta, aprovechando esta circunstancias y la minoría de edad de los niños cometió los siguientes hechos:

A) Cuando la menor Marí Juana nacida el NUM001 -2003 estaba en casa del acusado con su hermano menor Elias nacido el NUM002 - 2007, la llevaba a su habitación, la desnudaba y el acusado también se desnudaba, y la obligaba a tumbarse encima de sus genitales (sin que hubiera penetración ni anal ni vaginal con la menor) en la cama frotándose contra ella hasta que eyaculaba. Los hechos descritos se sucedieron en el período indicado al inicio de 10 a 20 ocasiones. El acusado realizaba los abusos sexuales con la menor a solas en la habitación, y además cuando no quería ir a su casa o se negaba a ir la habitación la golpeaba con una

correa o le propinaba bofetadas o puñetazos. A consecuencia de la situación vivida la menor sufre DIRECCION001 con miedo a encontrarse al acusado, ansiedad al llegar a casa y ante hechos y situaciones que le recuerden los hechos referidos, siendo la evolución impredecible necesitando controles psicológicos adecuados a su edad y evolución según informe médico forense. No constan lesiones físicas, B) Respecto al menor Elias nacido el NUM002 -2007 en el período indicado al inicio sin poder determinar las veces que lo hizo el acusado, le obligaba al menor a desnudarse estando el acusado ya desnudo, le obligaba al menor a que le tocara el pene y le masturbara hasta que eyaculaba estando los dos solos. EL acusado, cuando el menor no quería ir a su casa le agredía, consistiendo las lesiones en que le pinchaba en los dedos con unas tijeras, le metía la cabeza en un barreño con agua, le ha llegado incluso a quemar la frente con una plancha causándole quemaduras.

Como consecuencia de los hechos descritos el menor Elias, según informe médico forense, no se aprecian secuelas psíquicas, si bien se considera adecuado un seguimiento psicológico. Como secuela física, tiene una cicatriz lineal en región frontal de 1 cm. de longitud que supone un perjuicio estético ligero.

A ambos menores el acusado les amenazaba con matar a sus padres o a ellos si decían algo, de lo ocurrido, teniéndoles amedrantados."(sic) SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Alicante, Sección 2.ª, dictó sentencia n.º 216/2019 con el tenor literal siguiente: " FALLAMOS. LA SALA ACUERDA: Condenar a Baldomero, como autor penalmente responsable de DOS delitos continuados de agresión sexual -menores de edad- de los art 183.2.4 d) y 74 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndole DOS penas de 8 años y 9 meses de prisión por cada delito, (17 años y seis meses) e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Se impone a asimismo a cada uno de los delitos, la pena accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 5 años.

Además, conforme a los art 48 y 57 del CP Baldomero, no podrá aproximarse a una distancia no inferior a 500 metros, al domicilio, colegio o cualquier lugar donde se encontraren los menores Marí Juana y Elias a la distancia indicada durante 10 años y prohibición de comunicación por igual tiempo con dichos menores.

Se impone asimismo la medida de libertad vigilada tras el cumplimiento de la pena de prisión, por diez años.

En concepto de responsabilidad civil, procede una indemnización para los menores que se cifra en 20.000.- euros, (10.000.-€ para cada uno de ellos).

Se le condena al pago de las costas procesales." TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por la representación del acusado D. Baldomero, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE.

Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim. por error en la apreciación de la prueba.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 LECrim. por indebida denegación de prueba pertinente.

Cuarto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de los art. 851.3.º de la LECrim.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 21 de noviembre de 2019, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 17 de septiembre de 2021 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 6 de octubre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 216/2019 de 4 de junio, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, recaída en el procedimiento ordinario 1/2016, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 8 de Alicante, condenó al acusado Baldomero como autor penalmente responsable de dos delitos continuados de agresión sexual -menores de edad- de los art 183.2.4 d) y 74 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a dos penas de 8 años y 9 meses de prisión por cada delito (17 años y seis meses) e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. También le impuso la pena accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 5 años y la prohibición durante 10 años de aproximarse a una distancia no inferior a 500 metros, al domicilio, colegio o cualquier lugar donde se encontraren los menores Marí Juana y Elías, y prohibición de comunicación por igual tiempo con dichos menores.

Contra esta sentencia se promueve recurso de casación por la representación procesal del acusado. Se formalizan cuatro motivos.

Tal y como aconsejan los arts. 901 bis a) y bis b) de la LECrim, la Sala va a alterar el orden de análisis de los motivos, comenzando por el tercero de ellos, en la medida en que se hace valer, al amparo del art. 850.1 de la LECrim, quebrantamiento de forma, al estimar que se ha denegado una diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma, se estima pertinente.

2.- La prueba que, a juicio de la defensa, debió haber sido practicada y fue indebidamente denegada por el órgano de enjuiciamiento es la exploración del menor, que contaba con 15 años de edad en el momento del plenario: "...se solicitaba al menos para que respondiera sobre los dibujos que figuraban (copias) a los folios 219 al 222 (...). Dicha declaración fue solicitada en instrucción. Se reiteró la solicitud y se alegó

indefensión, protestando la no admisión al inicio de la sesión del 26 de marzo, como cuestión previa. La prueba fue denegada en el auto de admisión, so pretexto de que ya había prueba preconstituida, pero no se tuvo en cuenta la petición de los dibujos. Respecto a este punto no ha habido contradicción, sobre un tema capital respecto a la motivación".

No tiene razón la defensa y el motivo ha de ser desestimado.

2.1.- La queja del recurrente no se refiere a la quiebra del principio de contradicción por haberse visto privado de la posibilidad de interrogar a los menores. De hecho, se centra sólo en uno de los hermanos y en un aspecto concreto de su testimonio, a saber, las preguntas que querría haber formulado acerca de los dibujos que fueron incorporados a los folios 291 a 222.

Sin embargo, como apunta el Fiscal en su informe, el recurrente "...topa con un obstáculo formal de envergadura", pues no se formuló en ningún momento la oportuna protesta, que es obligada a la vista de lo prevenido en el art. 855.III de la LECrim, según el cual, si el recurrente "...se propusiere utilizar el de quebrantamiento de forma, designará también, sin razonamiento alguno, la falta o faltas que se supongan cometidas y, en su caso, la reclamación practicada para subsanarlas y su fecha".

Pero no es sólo un impedimento formal. El Fiscal también recuerda -con razón- que la defensa no precisa ni motiva en qué medida esas preguntas sobre los dibujos podrían cambiar el sentido del fallo, lo que convierte ese interrogatorio en absolutamente irrelevante.

En efecto, el juicio de pertinencia que incumbe a la Audiencia Provincial y que ahora es revisado en casación está absolutamente condicionado por la necesidad de una sucinta explicación acerca de qué trascendencia podría predicarse de un interrogatorio sobre un aspecto que, dicho sea de paso, pudo haber sido preguntado al menor en el momento de su examen en fase de instrucción, que contó con la presencia del Fiscal y la del propio Letrado del acusado. Todas las preguntas que reivindica la defensa pudieron haber sido formuladas en su momento, sin necesidad de aplazar su formulación al acto del plenario.

La Sala no quiere, desde luego, banalizar la vigencia del principio de contradicción, que no diluye su importancia por el hecho de que la víctima sea menor de edad. Una vez más, hemos de llamar la atención acerca de que cualquier fórmula de preconstitución probatoria que pretenda sustituir la presencia de los menores en el plenario por la lectura de lo declarado ante el Juez de instrucción exige, como presupuesto sine qua non, que esa diligencia de investigación que transmuta su funcionalidad y se convierte en un elemento de prueba por la vía del art. 730 de la LECrim, esté filtrada por el principio de contradicción. Este principio puede modular la escenografía de que se valga para asegurar su vigencia. Admite, desde luego, que las preguntas que acusación y defensa quieran hacer llegar al menor, superado el juicio de pertinencia, se formulen a través del Juez instructor que dirige el desarrollo de ese acto procesal. Toleramos también que la víctima menor de edad sólo tenga una relación de proximidad con el experto, huyendo de todo contacto físico con los demás sujetos del proceso. Pero no sobrevive a una metodología en la que el Letrado de la defensa no es formalmente citado para asegurar su presencia en el examen del menor o si, estando presente, no puede formular ninguna pregunta que sea coherente con su estrategia exoneratoria.

Sobre el régimen jurídico singular del testimonio de la víctima menor de edad, en la STS 940/2013, 13 de diciembre, nos hacíamos eco de las STC 75/2013, 8 de abril, que, con cita de la STC 80/1986, de 17 de junio, recordaba la trascendencia del principio de contradicción y la justificada excepcionalidad de ciertas modulaciones. Se aludía entonces a la imposibilidad 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 no 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 tenido ocasión de reiterar (cfr. STEDH 19 de enero de 2021, Keskin v. the Netherlands) la excepcionalidad de toda decisión jurisdiccional que conduzca a privar a la defensa de la posibilidad de un interrogatorio que contradiga la tesis de la acusación. Ha sostenido que, antes de que un acusado pueda ser condenado, normalmente todas las pruebas en su contra deben presentarse en su presencia en una audiencia pública con miras a posibilitar el contradictorio. Las excepciones a este principio son posibles, pero no deben vulnerar los derechos de la defensa que, por regla general, exigen que se le dé al imputado una oportunidad adecuada para impugnar e interrogar a un testigo en su contra, ya sea cuando dicho testigo hace su declaración o en una etapa posterior del procedimiento (véanse *Lucà v. Italia*, 33354/96 § 39, y *Al Khawaja & Tahery v. Reino Unido* [GC], 26766/05 y 22228/06, § 118). Además, al acusado no se le puede exigir que motive o acredite la importancia de estos testigos para poderlos interrogar.

Podemos concluir, en suma, que nuestra jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad.

La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico. 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).

No existió quiebra alguna del principio de contradicción en la incorporación al material probatorio del testimonio de ambos hermanos, que fue practicado en fase de instrucción y durante cuyo desarrollo la defensa pudo haber introducido las preguntas que considerara oportunas, en relación con el significado de los dibujos incorporados a la causa.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

3.- El cuarto motivo, también por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 de la LECrim sostiene que la sentencia incurre en incongruencia omisiva o fallo corto, al no haber resuelto sobre todos los puntos que fueron objeto de acusación y defensa.

Alega el recurrente que "...en sentencia no se ha resuelto sobre los motivos espurios relacionados con el enamoramiento puesto de manifiesto con los dibujos, no se ha tenido en cuenta ni una prueba de descargo;

no se ha resuelto sobre la declaración de Ruth (folio 71)... que ratificó en el plenario sin incurrir en ninguna contradicción; no se ha resuelto sobre el informe pericial de D. Jesús María; no se ha resuelto sobre que no haya vestigios de las supuestas violencias ejercidas ni sobre cómo es posible que la menor tuviera ansiedad al subir a su casa y no al salir de su casa, cuando vivía puerta con puerta. Nosotros creemos que era puro teatro para mostrar algún síntoma de ansiedad; lo decimos con respeto, pero con claridad" (sic).

No tiene razón la defensa.

La sentencia sí ha resuelto las cuestiones que fueron objeto del proceso. Sucede, sin embargo, que no lo hizo en el sentido que hubiera deseado el Letrado de Baldomero. De entrada, los argumentos que habrían sido desatendidos no encierran verdaderas pretensiones. Y la incongruencia omisiva, conforme hemos reiterado en una jurisprudencia ya histórica, no consiste en silenciar la respuesta a líneas argumentales, sino en no abordar de forma motivada la contestación que exige cualquier pretensión verdaderamente formalizada a lo largo del proceso.

El supuesto enamoramiento de la niña víctima de los abusos sexuales ejecutados por el acusado no merece consideración valorativa alguna, no ya por su difícil realidad, sino por su intrascendencia absoluta en el juicio de tipicidad. Lo mismo puede decirse acerca de la ausencia de secuelas físicas de la violencia que se declara probada. El acusado se valió no sólo de agresiones físicas, sino de una estrategia compulsiva que doblegó la voluntad de los menores. La prueba de un menoscabo de la integridad física originada por malos tratos puede obtenerse por la morfología de las heridas, si su marca se ha prolongado en el tiempo o, transcurrido éste, por el testimonio de los niños.

Como es sobradamente conocido, la vía que arbitra el art. 851.3 de la LECrim no sirve de cauce para la reclamación de una falta de atención por el órgano decisorio a argumentos que la defensa considera claves.

El silencio del Tribunal a quo que tiene virtualidad para generar un error in iudicando y que de ordinario conlleva una vulneración de relieve constitucional, ligada al derecho a la tutela judicial efectiva, es aquel que afecta a genuinas pretensiones, no a la línea argumental en la que cada una de aquéllas pretende apoyarse. Cuestión distinta es que esa falta de atención por la Audiencia de argumentos íntimamente enlazados con la prueba de descargo, implique el menoscabo del derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva de la exigencia de valoración de la prueba de descargo (cfr. SSTs 258/2010, 12 de marzo y SSTC 148/2009, 15 de junio y 187/2006, de 19 de junio F. 2).

En el presente caso, la valoración de la prueba -de cargo y descargo- fluye de la lectura de los fundamentos jurídicos que integran la sentencia recurrida. A su análisis dedicamos los siguientes apartados.

4.- Los motivos primero y segundo van a ser objeto de tratamiento sistemático conjunto.

En el primero de ellos se denuncia, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, al carecer la condena de la mínima actividad probatoria para fundamentar un pronunciamiento de culpabilidad. Lamenta la defensa que no se haya valorado la prueba de descargo, fundamentalmente representada por la declaración del perito Sr. Jesús

María, la testigo Dña. Ruth, tía abuela de los niños y abuela del acusado. Tampoco se hace mención alguna de los dibujos, no impugnados por la acusación, que figuran a los folios 291 a 222.

El segundo de los motivos, con cierto distanciamiento de los requerimientos técnicos impuestos para la formalización del recurso extraordinario de casación, con cita del art. 849.2 de la LECrim, denuncia la insuficiente base probatoria para la aplicación del art. 183.4, letra d). Se razona que no existe el parentesco que la sentencia da por probada, pues la acusación no aportó certificaciones de nacimiento. El acusado sería "... primo segundo de los menores y no primo del padre tío segundo de los menores. Está en grado sexto..." (sic).

4.1.- La defensa emprende un laborioso análisis de lo que cada una de las fuentes de prueba ofreció al Tribunal a quo y propone una valoración alternativa acomodada a su legítima reivindicación del derecho a la presunción de inocencia de su cliente. Se valoran, así, el testimonio del acusado, las declaraciones de los menores y el informe pericial. Se pone en tela de juicio la credibilidad de Elias a la hora de explicar el origen de la quemadura que le produjo la plancha que manejaba Baldomero, se cuestiona la no aportación por los peritos que suscribieron el informe pericial de algunos de los materiales que sirvieron de base para sus conclusiones y se censura, en fin, el rigor técnico con el que esos dictámenes fueron elaborados.

No tiene razón la defensa.

Conforme a la jurisprudencia constitucional plenamente consolidada, sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia - recuerda la STC 9//2011, 28 de febrero- cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2, y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

El Tribunal a quo, como destaca el Fiscal, expresa un relato contundente y suficientemente clarificador de las conductas ejecutadas por el acusado. Junto a lo anterior, también resalta el testimonio de la madre que fue la primera persona que tuvo conocimiento de los hechos al contárselo sus hijos y, finalmente, las cinco periciales que informaron sobre la veracidad del relato de los menores.

De hecho, la transcripción literal del testimonio del Elias y Marí Juana, reflejada en el FJ 3.º de la resolución cuestionada, es singularmente descriptiva, aportando todo lujo de detalles acerca de las sevicias a las que ambos menores fueron sometidos. Su relato permite a la Audiencia concluir que "... ambos menores decían la verdad, resulta evidente que no fabulaban, que relataban lo que habían vivido, con detalles. Se notaba que los menores pasaron apuros y vergüenza cuando tenían que explicar los aspectos relevantes, tales como la descripción del hecho de que el acusado les hacía quitarse la ropa de la parte de abajo de su cuerpo, que él también se desnudaba de cintura para abajo y se los ponía encima.

Ella, la menor, manifestó que él se movía y después soltaba un líquido blanco en su barriga, que lo veía cuando se levantaba y que le daba asco.

Esta declaración coincide con la de la madre en que la niña muchas tardes cuando venía de casa de Baldomero quería ducharse y ella lo veía como algo a destiempo.

El menor, Elias, también explicó claramente como Baldomero, se lo ponía encima los dos desnudos de cintura para abajo, que no quería pero que Baldomero, le pegaba si se negaba. La niña también precisó que le pegaba si se negaba.

Elias también explicó lo del líquido blanco y muy expresivamente también explicó como Baldomero, lo obligaba a masturbarle.

La declaración de los menores quedó corroborada por la declaración de la madre que es la persona a quien en primer lugar contaron lo ocurrido".

El informe prestado por cinco facultativos refuerza la integridad del juicio de autoría, tal y como ha sido proclamado por la Audiencia.

No existió, por tanto, vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

4.2.- El segundo de los motivos, con la equívoca cobertura del art. 849.2 de la LECrim, también está destinado a la desestimación. Como apunta el Fiscal, la discrepancia que muestra el recurrente sobre la relación de parentesco existente entre el acusado y el padre de los menores es irrelevante, puesto que el subtipo aplicado por la Audiencia, como se lee en el FJ 7º, se funda, no tanto en la relación de parentesco sino en la relación de superioridad y confianza que tenía sobre ellos.

El rechazo del motivo es obligado también a la vista de lo dispuesto en el art. 884.4.º de la LECrim, que sanciona aquellos casos en los que no se hayan observado los requisitos que la ley exige para su preparación e interposición.

5.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de D. Baldomero, contra la sentencia núm. 216/2019 de 4 de junio, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, recaída en el procedimiento ordinario 1/2016, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 8 de Alicante y que condenó a aquél como autor penalmente responsable de dos delitos continuados de agresión sexual.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D.^a. Susana Polo García D.^a. Carmen Lamela Díaz D. Javier Hernández García