



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON- ZARAGOZA
SALA CIVIL Y PENAL
APELACIÓN 2/2020

SENTENCIA 14/2020.

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

EXCMO. SR. PRESIDENTE: D. MANUEL BELLIDO ASPAS
ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:
D. JAVIER SEOANE PRADO
D^a. CARMEN SAMANES ARA

EN ZARAGOZA, A TRES DE MARZO DE DOS MIL VEINTE.

Visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, como Sala Penal, el presente recurso de apelación seguido con el núm. 2/2020 por un **delito de violencia habitual en el ámbito familiar y abuso sexual a menor de 16 años**, interpuesto por el acusado "H" , sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador de los Tribunales D. Miriam Borobio Laguna y dirigido por el Letrado D. Pedro Bermúdez Belmar, contra la sentencia dictada con fecha 4 de noviembre de 2019 por la Sección Única de la Audiencia Provincial de Teruel en Sumario nº 98/2019. Es parte apelada, "M" , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Concepción Torres García y asistida de la letrada D^a. Concepción Lasarte Pérez, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE ARAGÓN EN ZARAGOZA

GABINETE DE COMUNICACIÓN
Y PROTOCOLO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Única de la Audiencia Provincial de Teruel, en su Sumario nº 98/2019, con fecha 4 de noviembre pasado, dictó sentencia en la que se consideraron probados los siguientes hechos:

<<HECHOS PROBADOS:

Desde hace aproximadamente catorce años "H", súbdito colombiano, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental de pareja estable con "M", súbdita ecuatoriana. Fruto de la relación nacieron sus hijas "P" Y "D", de once y seis años de edad respectivamente. La familia residía en el domicilio familiar sito en Teruel, desde el año 2004 aproximadamente, que compartían además con la hija mayor de la Sra. "M", "E", de 24 años de edad, habida de una anterior relación, y a partir del 2017, con un matrimonio anterior del acusado, de 27 años de edad.

Prácticamente desde el inicio de la relación el acusado ha venido manteniendo con su esposa una actitud despectiva y humillante diciéndole que no valía para nada o que era una hija de puta, al tiempo que desplegaba una actitud agresiva con la hija común "P", de once años de edad, a quien, además de proferirle insultos, en varias ocasiones le propinó golpes con una correa, llegando en una de tales ocasiones a golpear su cabeza contra una mesa, llegando a sangrar por la nariz - lesiones por las que no recibió asistencia facultativa-, siempre con el pretexto de no hacer los deberes escolares o no colaborar con las tareas domésticas.

En tales circunstancias el día 12 de noviembre de 2017, cuando la Sra. "M" reprochó a su pareja que dijese a la hija común "P" : que cuando saliese de su casa la iban a follar, darle por culo y violarla; el Sr. "H" comenzó a insultar a la Sra. "M" diciéndole que era una hija de puta, iniciándose una disputa, que culminó cuando ella se dirigió a la cocina donde cogió un cuchillo con la intención de



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



autolesionarse, siendo entonces agarrada por el acusado que al intentar arrebatarse el cuchillo se ocasionó cortes en las manos. Por estos hechos, se siguieron las Diligencias Urgentes 56/2017 a día de hoy sobreseídas con carácter firme por auto de fecha 13 de noviembre de 2013.

En tal contexto y, aproximadamente desde que la menor "P" tenía cuatro años, y hasta que cumplió los ocho, el acusado actuando con el fin de satisfacer sus deseos sexuales, al menos en cinco ocasiones, realizó tocamientos en la zona genital de su hija, siendo el primero de ellos cuando la menor tenía cuatro años de edad: Su padre, se puso en el pene un desodorante o spray de sabores y le pedía a la niña que se lo chupara porque sabía a caramelo, haciendo la pequeña lo que le pedía su padre. A partir de ese momento cuando la niña contaba cinco o seis años de edad, introdujo su pene en la vagina de la niña, pese a las manifestaciones de ella afirmando que le hacía daño, práctica sexual que continuó realizando hasta que la hija cumplió ocho años de edad, en diversas ocasiones, al menos diez, aprovechando casi siempre los momentos en que ambos se encontraban solos en el domicilio, cuando la madre se encontraba trabajando fuera del hogar.

Con posterioridad, actuando igualmente con el mismo ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, desde que la menor "D" contaba con cuatro años de edad, su padre le realizó en varias ocasiones tocamientos colocando su pene en la vagina de la niña, sin llegar a introducir el mismo.

Como consecuencia de los hechos descritos, la Sra. "M", sufrió lesiones consistentes en diversos hematomas compatibles con el forcejeo que se dio entre las partes para arrebatarse el cuchillo.

Por su parte la menor "P", en el momento del reconocimiento forense, presentaba lesiones a nivel genital consistente en rascado por micosis y desfloración antigua.

En la Sra. "M", también como consecuencia, se aprecia sintomatología de estrés postraumático relacionado con su situación de relación de pareja y depresión



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



grave, presentando ideación autolítica, estado y síntomas asociados a una situación continuada de maltrato, evidenciándose en la dinámica familiar de la pareja una asimetría de poder.

“P”, muestra indicadores específicos de los niños que han sufrido abusos sexuales y maltrato infantil, con alto grado de sintomatología asociada al diagnóstico de ansiedad, indicadores de inadaptación personal, pérdida de sentido de seguridad con incapacidad de confiar y apego excesivo a los adultos femeninos con dependencia emocional.

La menor “D”, también muestra impacto emocional, con claros indicadores de regresión, presencia de preocupación por el pasado, sentimientos negativos, problemas en las relaciones sociales, ideas asociadas a la muerte y autopunitivas, apreciándose en ella una gran fuente de estrés con consecuencias de ansiedad, depresión, problemas en el plano sexual, inmadurez y desequilibrio.

Como consecuencia de los hechos descritos ambas menores sufrieron un importante bloqueo psicológico con alteración lingüística, y “P, además, una enuresis nocturna cuando contaba con ocho años de edad, precisando ambas tratamiento psicológico y terapia especializada.>>

Y su parte dispositiva es del siguiente tenor:

<<FALLAMOS

Que debemos de absolver y absolvemos a “H”, del delito de violencia contra la mujer, en su modalidad de un delito de lesiones.

Que debemos condenar y condenamos al procesado “H” como autor de un delito de violencia habitual en el ámbito familiar a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



Como autor de un delito continuado de abuso sexual a menor de dieciséis años a la pena de doce años de privación de libertad. Y a la pena accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.

Como autor de un delito continuado de abuso sexual a menor de dieciséis años a la pena de seis años de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se le condena a la privación de la patria potestad de sus hijas "P" y "D".

Se le prohíbe, durante quince años, acercarse a las tres víctimas a una distancia no inferior a trescientos metros y comunicarse con ellas por cualquier medio o procedimiento.

Se le condena a pagar a su hija "P" la cantidad de 30.000 euros y a su Hija "D" la cantidad de 15.000 euros, más los intereses legales de conformidad con el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Todo ello imponiendo a "H" las tres cuartas partes de las costas causadas en este procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando y de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos mandamos y firmamos.>>

SEGUNDO.- La representación procesal del acusado "H" presentó escrito solicitando la aclaración de la sentencia anterior, procediéndose en fecha 18/11/2019 a dictar auto de aclaración que es el siguiente:

<<LA SALA ACUERDA: HABER LUGAR A LA RECTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA y como consecuencia, se informa a la parte que, contra la sentencia dictada en este procedimiento cabe recurso de apelación, que podrá presentar en el plazo de 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de conformidad con el artículo 846.ter.1. en relación con el art. 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.>>



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



Se presentó recurso de apelación contra la sentencia anterior, basándolo, conforme consta en el escrito los siguientes motivos:

<<PRIMERO.- RECURSO DE APELACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, al haberse vulnerado el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución.

SEGUNDO.- RECURSO DE APELACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, habiéndose producido indefensión a esta parte, así como a un juicio con todas las garantías, contemplado en el artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución.

TERCERO.- RECURSO DE APELACIÓN POR ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS, AL HABERSE VULNERADO EL PRINCIPIO "IN DUBIO PRO REO" y, consecutivamente, POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, al haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución, en relación con las conclusiones expuestas por los médicos forenses en cuanto a la exploración y desfloración de "P" "H" "M".

CUARTO.- RECURSO DE APELACIÓN POR ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS, AL HABERSE VULNERADO EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO, y, consecutivamente, POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, al haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución, en cuanto a la exploración de "D".

QUINTO.- RECURSO DE APELACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, al haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución, en cuanto al delito de violencia habitual en el ámbito familiar.

SEXTO.- RECURSO DE APELACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, al haberse vulnerado el derecho a un proceso con todas las



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



garantías, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución, en cuanto a las exploraciones de las menores.>>

Terminaba suplicando que << revoque la mencionada sentencia, dictando en su lugar otra más ajustada a Derecho en la que se aprecien los motivos de recurso desarrollados.

OTROSI DIGO que esta parte solicita la celebración de vista ante la Excm. Sala para la resolución el presente recurso.>>

Conferido traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, ambos se oponen al mismo e interesan la confirmación de la sentencia recurrida y la desestimación del recurso interpuesto por considerar la resolución ajustada a derecho.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se registraron al núm.2/2020 y se nombró ponente, pasando las mismas a la Sala, que denegó la petición de vista interesada por la representación del recurrente por auto de 23 de enero de 2020 contra el que dicha parte interpuso recurso de súplica, del que se dio traslado a la acusación particular y al Ministerio Fiscal, quienes evacuaron dicho trámite interesando su desestimación.

Por auto de 6 de febrero de 2020 se desestimó el recurso de súplica, habiéndose señalado por providencia de la misma fecha para votación y fallo el 26 de febrero de 2020.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la resolución recurrida que han sido reproducidos en los antecedentes de esta resolución.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CyP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se oponen a los de la presente resolución y;

PRIMERO.- El acusado recurre la sentencia que le condena a las penas que se dejan expresadas por un delito de violencia habitual en el ámbito familiar, previsto y penado en el (art. 173.2 CP; y dos delitos continuados de abuso sexual a sus dos hijas menores, “P” de 16 años y “D” de 11 años, previsto y penado en el art. 183.1,3 y 4 d) CP en relación con el art. 74 CP, con base en seis motivos de apelación.

En el primero de ellos denuncia vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, con fundamento en que los delitos de abuso sexual, de los que tuvo el juez noticia en el curso de la investigación del delito de violencia en el ámbito familiar, no dieron lugar a que se formara testimonio para, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, iniciar el correspondiente proceso independiente por el juez a que correspondiera.

En el segundo se afirma vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 24.2 CE) por no haber sido llamada “P” como testigo al juicio oral, y en su lugar ser valorado el testimonio que dio mediante el expediente denominado *cámara Gessel*, lo que le habría privado de su derecho a un juicio conforme los principios de oralidad, contradicción e inmediación.

Los motivos tercero, cuarto y quinto afirman vulneración del principio de presunción de inocencia, y error en que habría incurrido la AP al valorar las declaraciones prestadas por las menores “P” y “D”, incorporadas al plenario mediante la reproducción de las exploraciones que fueron realizadas como



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



prueba pre constituida en la forma que se deja expresada, así como las pruebas complementarias consistentes en los informes realizados por el IMLA y los peritos aportados por el recurrente.

Finalmente, el sexto de los motivos incide de nuevo en los argumentos empleados en los anteriores, al cuestionar la conformidad a derecho del modo en que las declaraciones de las menores fueron incorporadas en el juicio oral con el derecho a la tutela judicial efectiva, la corrección en que los expertos designados llevaron a cabo la exploración, así como la valoración que la sala de primera instancia hizo de ellas.

SEGUNDO.- Primer motivo de apelación. Vulneración del juez ordinario predeterminado por la ley.

El derecho al juez predeterminado por la ley se halla bien establecido por la doctrina sentada por el TEDH y por el TC, el primero al interpretar el art. 6.1 CEDH y el segundo al hacer lo propio respecto al art. 24 CE.

Así, la STEDH dictada 12 de marzo de 2019 en el caso Guömundur Andri Ástráðsson v. Iceland (recurso 26374/18), el tribunal recuerda este principio general señalando que bajo el art- 6.1 de la convención un tribunal debe ser siempre establecido por la ley, expresión que refleja el principio de estado de derecho que es inherente al sistema de protección establecido por la convención y sus protocolos, lo que implica que un tribunal que no es establecido de conformidad con las previsiones del legislador estará falto de la legitimidad requerida en una sociedad democrática para resolver las disputas legales.

En el sentido del art. 6.1 CEDH, Ley comprende para el citado tribunal la legislación que regula la creación y competencia de los órganos judiciales, y



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



cualquier otra provisión de ley nacional que en el caso de ser quebrantada haría irregular la participación de uno o más jueces en el examen del caso. Tal requerimiento se halla estrechamente conectado con las otras exigencias generales que contiene el art. 6 sobre la independencia e imparcialidad del poder judicial, que forman parte del fundamental principio de estado de derecho en una sociedad democrática. Para el tribunal europeo una violación por un tribunal de una previsión nacional relativa a la creación y competencia de los órganos judiciales dará lugar asimismo a la violación del art. 6.1 CEDH

Por su parte la STC 134/2010 señala que el derecho a la tutela judicial efectiva que resulta del art. 24 implica que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal que lo inviste de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (SSTC 210/2009, de 26 de noviembre, FJ 3, y 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 3). También ha afirmado el TC que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son, en principio, cuestiones de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (por todas, STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 9). De forma que no puede confundirse el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre otras, SSTC 164/2008, de 15 de diciembre, FJ 4, y 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 3).

Pues bien, en el presente caso, el recurrente se limita a afirmar la infracción de su derecho al juez ordinario predeterminado por la ley sin indicar norma alguna





de jurisdicción, competencia o reparto que hubiere sido quebrantada por el juez de instrucción cuando, al tener noticia durante la instrucción del delito de violencia familiar de los delitos de abuso sexual, continuó la investigación de estos en la misma causa.

Como señala el Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso, tal proceder es conforme con el art. 17.3 LECrim, para el que son conexos los delitos que hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía entre sí, y darán lugar a una sola causa conforme al art. 17.1 LECrim.

Y es el caso que se trata de varios delitos cometidos por una sola persona en el ámbito familiar contra las personas de la esposa e hijas del acusado, por lo que han de ser tenidos como delitos conexos y sujetos a un mismo procedimiento. No es de apreciar, por tanto, la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, que amparan los arts. 6.1 CEDH y 24 CE.

En consecuencia, el motivo se desestima.

TERCERO.- El segundo motivo de apelación cuestiona que se haya tenido como prueba susceptible de ser fundamento de la condena la declaración de la menor "P", que no fue dada en el plenario, sino reproducida en él la dada en la fase sumarial en **cámara Gessel**.

Pues bien, el motivo se enmarca en la problemática del testigo ausente en el juicio oral, y ha dado lugar a un notable número de pronunciamientos de los distintos tribunales llamados a interpretar el art. 6.3.d CEDH; los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001; y el art. 24 de la CE.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE ARAGÓN EN ZARAGOZA

GABINETE DE COMUNICACIÓN
Y PROTOCOLO

Asimismo, son de aplicación los específicos arts. 433 y 707 LECrim, y 26.1 Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, los reguladores de la prueba pre constituida (arts. 777.2 LECrim), y los compromisos internacionales alcanzados por el reino de España, como lo es la Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los derechos del niño.

De acuerdo con la doctrina del TEDH (SSTEDH A.M. v. ITALY, de 14 diciembre de 1999, recurso 37019/97; AL-KHAWAJA AND TAHERY v. THE UNITED KINGDOM, de 15 diciembre de 2011, recursos 26766/05 y 22228/06; HORNCastle AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM, de 16 diciembre de 2014, recurso 4184/10; o en fin GANI v. ESPAÑA, de 19 de febrero de 2013, recurso 61800/08) el art. 6.3.d CEDH comporta que todas las pruebas se deben practicar normalmente en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas, y, en particular, que se dé al acusado la oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra.

Para dicho tribunal, sin embargo, la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6 §§ 1 y 3 (d), siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados. Ello ocurre principalmente en los casos de testigos fallecidos, en los casos en que tengan razones para temer represalias o consecuencias perjudiciales resultantes de comparecer en juicio, o, en lo que ahora interesa, en los casos en que así lo exige la protección de la víctima por abusos sexuales y en mayor medida cuando se trata de menores de edad.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



Con toda claridad la STEDH dictada en el caso S.N. V. SWEDEN señala que teniendo en cuenta las especiales circunstancias de los procedimientos relativos a ofensas sexuales, el art. 6.3.d) no puede ser interpretado en el sentido de que requiera en todos los casos que el acusado pueda dirigir directamente o a través de su defensa preguntas mediante un interrogatorio contradictorio *-cross examination-* o a través de otros medios. En este caso entendió bastante la grabación y posterior reproducción en el juicio de primera instancia y durante la vista de apelación de las declaraciones hechas por la víctima durante la fase de investigación, por considerar que tal proceder debe ser considerado suficiente para que el acusado pueda rebatir las afirmaciones hechas por el testigo y su credibilidad, siempre que existan otras medidas que compensen la restricción de ese derecho.

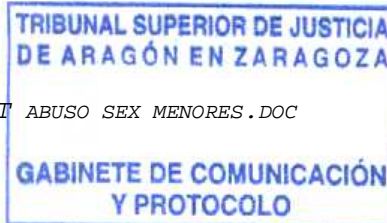
Y en lo que toca a abusos sexuales contra menores, las SSTEDH A.L. v. FINLAND (recurso 23220/04) de 27 de enero de 2009; S.N. v. SWEDEN (recurso 34209/96) de 2 de "M" o de 2002; KOVAČ v. CROATIA (recurso 503/05) de 12 de "M" o de 2007; W.S. v. POLAND (recurso 21508/02) de 19 junio de 2007; y VRONCHENKO v. ESTONIA (recurso 59632/09), 18 de "M" o de 2013, señalan que el TEDH ha aceptado que en aquellos procesos criminales relativos a abusos sexuales en los que las víctimas no quieren enfrentarse con el acusado pueden ser tomadas ciertas medidas para protegerlas, siempre que sean compatibles con un adecuado y efectivo derecho de defensa, lo que exige la adopción de otras medidas que compensen la restricción de aquel derecho de contradecir e interrogar al testigo adverso, a fin de asegurar una correcta valoración del tal prueba y su credibilidad, como son su reproducción y crítica durante el juicio, y haber tenido ocasión el acusado de dirigir preguntas al testigo.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CyP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



Por su parte, el TJUE en su interpretación de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, concluyó en la sentencia de fecha 16 de junio de 2005, C-105/30 que:

<< Los artículos 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, deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas 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.>>

Y el TC en su S 174/2011, de 7 de noviembre, y por lo que se refiere al art. 24 CE, tras un amplio repaso a la doctrina sentada por el TEDH concluye:

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



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



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.>>.

Tales conclusiones han sido recientemente recogidas en la STS nº 178/2018, de 12 de abril de 2018, que recuerda las anteriores nº 470/2013 y 632/2014, y estructura los requisitos que han de concurrir para que pueda ser sustituida la presencia del testigo en juicio por la prueba pre constituida durante la investigación del siguiente modo:

- << a) «... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor;*
- b) debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual;*
- c) debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta a través del experto, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior» indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados.*

Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1999, caso Van Mechelen y otros, § 51; 10 de noviembre de 2005, caso B.-C., § 68, y de 20 de abril de 2006, caso Carta, § 49 y 19 de "M" o de 2012, caso Hümmel c. Alemania, § 38).

- d) Para la incorporación del resultado probatorio pre constituido al juicio oral la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda*



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



observar su desarrollo en el que se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias.

e) Exige también que en el mismo se acredite el presupuesto de la causa legítima que impida que allí sean oídos los menores. En el caso B-C contra Holanda (STEDH de 10 de noviembre de 2005) ya se dejó establecido que aunque la razón dada por los tribunales para no escuchar a las víctimas -antes oída solamente en sede policial- consistió en no obligarles a revivir una experiencia posiblemente muy traumática, ello es insuficiente si no existe indicación en el expediente de que este motivo se fundamente en prueba concreta, como, por ejemplo lo sería un dictamen pericial, aun cuando el Tribunal es consciente de que la organización de los procesos penales, de tal manera que se protejan los intereses de los testigos de muy corta edad, en particular en los procedimientos judiciales que implica delitos sexuales, es una consideración pertinente, para ser tenido en cuenta a los efectos del artículo 6, en este concreto caso, la razón dada por los tribunales de primera instancia para rechazar la petición del demandante para oír a las cuatro víctimas, no resulta suficientemente justificado y, por tanto, deriva de meras especulaciones. Como recuerda nuestra STS nº 470/2013 de 5 de junio, los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores.

En la STS 632/2014 de 14 de octubre, también se recuerda que no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores. Por ello la regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que su



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa.

La STS 19/2013 de 9 de enero, pone de manifiesto 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.>>

Sostiene el recurrente que debe declararse nulo el valor del testimonio de "P" porque no fue llevado a cabo en el juicio oral conforme a los principios de oralidad, concentración y contradicción de modo que no tuvo oportunidad de contradecirlo e interrogarla.

No discute que hayan sido tomadas las oportunas medidas para asegurar que la declaración pre constituida de la menor pudiera ser incorporada al plenario sin merma de su derecho de defensa mediante su reproducción conforme a la doctrina jurisprudencial antes recogida; lo que sostiene en que no había razón para la aplicación de las medidas especiales de protección de "P" a que obedece.

Así puede leerse en el recurso que *<<el simple hecho de ser menor de edad no es óbice para que no pueda prestar declaración en el acto del juicio oral, pudiendo, en su caso, y con la intención de evitar la impresión que pueda producirle encontrarse en una sala de vistas, practicarse la prueba mediante el sistema de videoconferencia, sometándose igualmente a las preguntas de las partes>>*, o que *<<"P" podía haberse puesto a disposición de las partes para contestar cuantas preguntas ansiáramos por realizarle, vista la madurez y personalidad reflejada en el informe pericial psicológico obrante a los folios 167 a 171 de las actuaciones, del que se desprende que su nivel de lenguaje y conocimiento es acorde a la edad, demostrando un desarrollo cognitivo-intelectivo dentro de la media, no*



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



presentado limitaciones cognitivo emocionales, siendo capaz de realizar relatos autobiográficos, valorando en relato de otros hechos>>, a lo que añade: << Por el contrario, carecemos de informe psicológico, concreto y con entidad determinada, que contenga razones fundadas y explícitas respecto de un posible riesgo para la integridad física de la menor, en caso de comparecer y verse sometida al interrogatorio de las partes>>.

Por todo ello, concluye el recurrente <<debe declararse nulo el valor del testimonio de "P", el cual ha sido introducido mediante la reproducción de una prueba pre constituida que, como hemos referido, vulnera el derecho de defensa, así como el derecho a un proceso con todas las garantías, por cuanto, dada la edad de la menor, su madurez y personalidad, si cualquier da las acusaciones hubiera interesado su testimonio, esta podría haber depuesto sin ningún inconveniente en el acto del plenario. Lo que resulta improcedente y contrario a las garantías más básicas del procedimiento penal es acordar la reproducción de una prueba pre constituida cuando no cumple los requisitos legales ni jurisprudenciales, sin ningún tipo de justificación o razonamiento al respecto>>.

Pues bien, la jurisprudencia ha señalado que para que pueda acudir al expediente de la prueba testifical pre constituida en sustitución de la declaración en juicio es preciso que existan buenas razones, y que estas sean estrictamente valoradas y constatadas por el tribunal (SSTEDH PESUKIC v. SWITZERLAND, recurso 25088/07. De 6 de diciembre de 2012; HORNCastle AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM, recurso 4184/10, de 16 de diciembre de 2014; y CASE OF AL-KHAWAJA AND TAHERY v. THE UNITED KINGDOM, recursos 26766/05 and 22228/06, sentencia 15 de diciembre de 2011, jurisprudencia que ha sido recogida por la STS 178/2018 más arriba citada en la que puede leerse:





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



<<Hemos advertido de que la presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Ciertamente 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 "M" o; 743/2010, 17 de junio y ATS 1594/2011, 13 de octubre).

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

Se justifica la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción en los supuestos de menores víctimas de determinados delitos, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, pero ello debe entenderse cuando sea previsible en cada caso que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños psicológicos. Además, obvio es decirlo, tal previsión ha de ser seriamente constatada.>>

La cuestión es, entonces, si en el presente caso son de apreciar las buenas razones que justifican la excepción a la regla general de que los testigos han de deponer en el acto del juicio y no mediante prueba pre constituida.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE ARAGÓN EN ZARAGOZA

GABINETE DE COMUNICACIÓN
Y PROTOCOLO

Pues bien, el delito aquí perseguido es de la clase sobre los que la jurisprudencia antes referida ha señalado como uno de los supuestos en que ha de ser aceptada la validez y pertinencia de la declaración del testigo fuera del acto del juicio, al tratarse de abusos sexuales; las ofendidas son menores de edad, en tanto que “P” tenía 16 años a la fecha de la declaración y “D” 11; y, lo que es de especial significación, son hijas del acusado, circunstancia esta que es de especial relevancia a la hora de evitar la confrontación entre acusado y víctimas en el acto público del juicio. Por otra parte, los informes psicológicos presentados evidencian que las dos menores presentan afección psicológica derivada del abuso, que sin duda se vería incrementada con su llamada a juicio, y al respecto es de especial significación la prueba pericial practicada en juicio (minuto 12:20), que pone de manifiesto los trastornos que para las menores comporta el relato de los hechos.

Pero es que, además, hemos de destacar que, acordada por el juez instructor la realización de la prueba pre constituida por providencia de fecha 22-1-2018, la misma fue aceptada sin protesta ni recurso alguno por el acusado, pese a que le fue notificada y estuvo presente durante su práctica con su abogado, que presentó pliego de preguntas que fueron planteadas a la menor; y lo mismo cabe decir respecto del auto de la audiencia provincial de 16 de mayo de 2018 que admitió como prueba la reproducción de las declaraciones de las menores como prueba en el acto del juicio, decisión contra la no se ha formulado cuestión alguna al comienzo del juicio. Tal conformidad o aquietamiento apoya la validez de este tipo de pruebas como ha destacado la STEDH en el caso S.N. v. SWEDEN.

En consecuencia, también este motivo ha de ser rechazado.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



CUARTO.- Los motivos tercero, cuarto y quinto que hace valer el recurrente afirman vulneración del principio de presunción de inocencia y error en que habría incurrido la AP al valorar las declaraciones prestadas por las menores “P” y “D”, incorporadas al plenario en la forma que se deja expresada, así como las pruebas complementarias consistentes en los informes realizados por el IMLA y los peritos aportados por el recurrente.

Por lo que se refiere a la presunción de inocencia, alegato común a estos motivos, hemos de advertir que solo cabrá constatar la vulneración del derecho a la misma, en palabras de la STC 189/1998, de 28 de septiembre, cuando no haya habido prueba de cargo válida, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado por ser ilógico o insuficiente.

Resolver la alegación de que se trata no exige, por el contrario, la realización de una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal sentenciador, (STS nº 672/2007, de 19 de julio).

El propio desarrollo de los motivos que se analizan en los que discute la valoración que la audiencia provincial hizo de la prueba, y la mera lectura de la sentencia, en la que se recopila y analiza el testimonio dado por las menores, el dado por su madre y el acusado, así como los elementos objetivos de corroboración, y entre ellos los informes periciales, evidencian que existen elementos de prueba que pueden ser tenidos como bastantes a fin de obtener un pronunciamiento de condena.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



Por otra parte, ya hemos establecido anteriormente la conformidad a derecho de la forma en que fue practicada una de las pruebas de cargo, como es la prueba de la declaración de las menores.

La vulneración del principio de presunción de inocencia que se alega como motivo común de los tres motivos que se analizan no puede ser, por tanto, compartida.

QUINTO.- En lo que toca al alegato de errónea valoración de la prueba, es de señalar que, como hemos dicho otras ocasiones (S 26/2018), han venido señalando los tribunales (TTSSJ Asturias 10/2017 y País Vasco 10/2017) y se infiere del art. 790.2 LECrim, que lo establece expresamente con todo rigor para el caso de la apelación por la parte acusadora, exige que un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador de instancia de tal magnitud -razonamiento absurdo, ilógico, irracional o arbitrario-, que haga necesaria, empleando criterios objetivos y no interpretaciones discutibles y subjetivas, una modificación de los hechos declarados probados en la sentencia; y si lo que discute es la valoración sobre la veracidad de los testigos, es el tribunal de enjuiciamiento ante el que fue practicada la prueba el que se halla mejor capacitado para llevarla a cabo (AATS 1387/2018 y 577/2019).

Pues bien, para comenzar el análisis del motivo hemos de constatar que no se discute que la información dada por la prueba practicada conduzca a la concusión alcanzada por el tribunal. Lo que se discute es la valoración sobre la veracidad de los testimonios de las menores, que ha sido tomada mediante la llamada cabina Gessel, esto es, fuera del acto del juicio, cuando como en el caso, dicha prueba es decisiva contra el acusado



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



La cuestión esencial en estos supuestos es determinar si concurren suficientes elementos probatorios, incluyendo medidas que permitan una justa y ponderada comprobación de la fiabilidad de esa prueba (KORNEV Y KARPENKO C. UCRANIA, de 21 de octubre de 2010; CAKA C. ALBANIA, 8 de diciembre de 2009). Ello permitiría que se dictara una condena basada en tal evidencia en el caso de que fuera suficientemente fiable, dada su importancia. (TEDH CASE OF GANI v. SPAIN), y es precisamente aquí donde incide el recurrente.

Pues bien, a los efectos de tal valoración es de señalar la coincidencia existente entre las dos menores en lo relativo a los abusos de los que afirman haber sido objeto; el informe sobre la veracidad dada por los peritos del IMLA, que en el acto de la vista manifiestan que el relato de “P” alcanza la máxima verosimilitud de muy probablemente creíble, mientras que el de “D” es indeterminada conforme al protocolo SVA generalmente aceptado, como así consta en el informe dado el 27 de enero de 2018; consta asimismo acreditada por dicha prueba pericial, así como la dada por el médico forense que depuso en juicio, que las menores presentan manifestaciones psicológicas que son compatibles con sus afirmaciones; y como elementos también corroboradores la desfloración de “P”, y la coincidencia de una infección en sus órganos sexuales común con su madre, que según la forense tiene a su padre como mejor explicación de la existencia de un vector de contagio.

No puede dejar de señalarse asimismo que la investigación sobre los abusos sexuales tiene lugar ante las manifestaciones de las menores durante la investigación llevada cabo por otro delito, y no por denuncia de aquéllos, lo que no avala la sospecha de que las menores se hallen guiadas por intenciones espurias.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



En cierto que los peritos presentados por el recurrente, que admiten la validez del procedimiento de exploración en sí y la adecuación de los protocolos SVA y CBCA aplicados por los peritos del IMLA como elementos para ponderar el valor de las exploraciones dadas mediante el procedimiento de exploración practicado, sostienen criterios diferentes sobre la forma en que fue llevada a cabo la exploración de la menores, así como sobre el índice o grado de verosimilitud que corresponde dar a las mismas, pero ante las opiniones contrarias es dado al tribunal inclinarse por una u otra pericia, cuando como en el caso todos los peritos expresan motivadamente su opinión, y en el presente caso avala la seguida por la audiencia provincial el hecho de que fueron los peritos del IMLA los que tuvieron contacto directo con las menores.

En consecuencia, no cabe apreciar el error en la valoración de la prueba que se erige como fundamento de los motivos de apelación que se estudian.

SEXTO.- El quinto motivo afirma vulneración del derecho a la presunción de inocencia, esta vez en cuanto a la condena por el delito de violencia habitual en el ámbito familiar, pues sostiene que se halla avalada exclusivamente por las declaraciones de su mujer, "M", guiada por un ánimo espurio y sin elemento alguno de corroboración.

Nos remitimos aquí a la doctrina general sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y el error en la valoración de la prueba que hemos dejado más arriba expuesta.

Pues bien, en el caso, la sala ha contado con la prueba de la declaración de la denunciante, avalada por la exploración de las menores, sobre cuya validez ya hemos tratado, así como por las pruebas consistentes en los informes psicosociales que son consistentes con el relato de la esposa, en cuanto relata



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



que “M” impresiona síntomas propios de un diagnóstico de trastorno de estrés postraumático relacionado con su situación de relación de pareja, así como sintomatología asociada a depresión grave, presentando ideación autolítica, estado y síntomas asociados a una situación continuada de maltrato, y que se valoran en el acusado conductas de control sobre la pareja y como indicador de alto riesgo el consumo abusivo diario de alcohol, y que existen en su relato conductas de desprecio hacia la víctima, justificación de comportamientos violentos e indicadores de minimización del supuesto maltrato, todo ello además del parte de asistencia tras el incidente de 1 de noviembre que revela múltiples hematomas en “M” .

En consecuencia, tampoco aquí encontramos razones para entender que la sala ha vulnerado el principio de presunción de inocencia, ni incurrido en un manifiesto error en la valoración de la prueba que resulte del examen de la misma en esta segunda instancia.

SÉPTIMO.- Por último, el fundamento del sexto motivo de apelación reproduce los empleados en los que le preceden, en cuanto insiste en la irregularidad de la prueba de exploración de las menores, así como en la discrepancia con la valoración que de dicha prueba hizo la Audiencia Provincial, todo ello con base a las opiniones vertidas por los peritos que informaron a su petición (Doctores Garrido y Peiró), por lo que merece igual respuesta desestimatoria.

OCTAVO.- En lo que toca a las costas procesales son de aplicar los arts. 239 y ss LECr, de acuerdo, en relación con las del recurso, con la doctrina sentada en las STS nº 31/2007, de 17 de enero, y nº 1068/2010, de 2 de diciembre, sin que sea de apreciar en el caso la concurrencia de temeridad.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



20_03_03 ST TSJA CYP (14-20) CONFIRMA ST APT ABUSO SEX MENORES.DOC



VISTOS, además de los preceptos legales citados, los artículos 142, 239, 240, y 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

FALLAMOS

1. **Desestimar el recurso de apelación** formulado contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2017 dictada por la AP de Teruel en el sumario ordinario nº 98/2019.
2. Declarar de oficio las costas del recurso.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación

Notifíquese la presente con indicación a las partes que no es firme, y que contra la misma cabe recurso de casación de conformidad con el artículo 847 de la LECRIM, cuya preparación debe solicitarse dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, a tenor de los artículos 855 y 856 de la referida Ley, y firme que sea la misma, devuélvase al órgano de su procedencia con testimonio de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

