



Roj: STS 1804/2009 - ECLI:ES:TS:2009:1804  
Id Cendoj: 28079120012009100296

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 10808/2008

Nº de Resolución: 96/2009

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: ADOLFO PREGO DE OLIVER TOLIVAR

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

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

En el recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Emilio contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) que le condenó por un delito continuado de abusos sexuales, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, al haber emitido voto particular el ponente inicial el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Aparicio Urcia.

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Pamplona instruyó Sumario con el número 3/2007 contra Emilio , por un delito continuado de abusos sexuales, y una vez concluyó lo remitió a la Audiencia Provincial de Navarra que, con fecha 1 de abril de 2008 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

*<< El procesado Don. Emilio , mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia cuyos restantes datos de identidad ya constan, explotó junto a su esposa la Sra. Marina , las instalaciones destinadas a bar y restaurante anejas al santuario de San Miguel de Aralar ubicado en al Comunidad Foral de Navarra, desde mediados del mes de marzo del año 2006, hasta mediados del mes de enero de 2007.*

*El hermano de la Sra. Marina , casado con Dª Apolonia , quienes habían adoptado en el mes de marzo del año 2002 a la niña Sofía , nacida el 4 de abril de 2001, había trabajado, en el año 2006, dada su profesión de albañil en la realización de determinadas obras de conservación del Santuario anejo al cual se encontraba el local destinado a bar y restaurante, cuya explotación, era llevada por su única hermana y cuñado.*

*Por razón de la relación familiar que les unía, el matrimonio formado por el Sr. Pablo y Doña. Apolonia , junto a su hija Sofía , se desplazaron en diversas ocasiones, al menos cuatro o cinco, a comer algún día del fin de semana, normalmente los domingos, al bar y restaurante que regentado por el cuñado y la hermana Don. Pablo , produciéndose estos desplazamientos algún día del fin de semana para comer entre los meses de abril y septiembre del año 2006.*

*El procesado Emilio , movido por un ánimo libidinoso y abusando de la relación de confianza que mantenía con su sobrina Sofía , en varias de las cuatro o cinco ocasiones en las que Sofía se había desplazado a comer al restaurante del santuario de San Miguel de Aralar entre los meses de abril y septiembre de 2006, aprovechó para decirle a la niña, una vez que había finalizado de comer en el restaurante, donde lo hacía en compañía de sus padres, que le acompañara al almacén donde estaba la cámara de los helados para darle en este lugar un helado como postre.*

*El expresado almacén, donde se hallaba la cámara de los helados, estaba ubicado más allá del local destinado a bar, -este local destinado a bar, se encontraba situado después del local destinado a Restaurante, donde la niña comía con sus padres-, en concreto este local destinado a almacén se encontraba ubicado donde estaban situados los antiguos comedores de la hospedería del santuario. Para acceder a este local destinado a almacén primero había que abrir la puerta que comunicaba el bar con el espacio de distribución,*

donde se encontraban los antiguos comedores y las escaleras que descendían a la cocina; esta puerta, al menos durante las noches se cerraba mediante un cerrojo interior, es decir, ubicado en la zona de "de dentro" del bar. Los antiguos comedores, en la época de los hechos, destinados a almacén, se encontraban situados aproximadamente a unos dos metros a la izquierda saliendo de la puerta que comunicaba el bar con el expresado espacio de distribución. Para acceder a este almacén, existía una puerta de cristales con cuadraditos de madera, que se hallaba cerrada mediante una cerradura, que era abierta por el procesado mediante la llave que portaba al efecto.

Cuando la niña Sofía y el procesado Emilio se hallaban solos en el interior del almacén, el procesado en varias ocasiones correspondientes a días diferentes, le dijo a la niña Sofía : "siéntate en una silla, cierra los ojos y abre la boca". Estando así sentada la niña, con la boca abierta y los ojos cerrados, el procesado Emilio , movido por el expresado ánimo libidinoso introdujo su pene en la boca de la niña diciéndole que se lo chupara, haciéndole creer que era un helado.

La niña Sofía , en las varias y diferentes en cuanto a los días en que se produjo esta actuación libidinoso, chupaba el pene del procesado, dada la confianza que tenía en éste y pensando que se trataba de un helado y que se lo ofrecía así para que probara a ver si le gustaba el sabor. Si bien la niña, percibía que lo que chupaba tenía muy mal sabor. Y en una de las ocasiones, abrió los ojos, y pudo ver que su tío tenía el pene al aire.

Al cabo de un apreciable lapso de tiempo, la niña regresaba acompañada de su tío, al Restaurante donde estaban sus padres, en alguna ocasión comiendo un helado y llevando alguna cosa que le había regalado su tío, -artículos de propaganda- Los padres de la niña Sofía , no extrañaban la tardanza en el regreso de su hija para ir a buscar el helado que tomaba como postre de la comida, por la confianza que tenían en el tío de la niña, es decir el procesado Emilio .

Hallándose la familia, formada por Doña. Apolonia , el Sr. Pablo y su hija Sofía , en la vivienda familiar ubicada en la CALLE000 nº NUM000 , piso NUM001 del barrio pamplonés de DIRECCION000 , el día 31 de octubre de 2006, víspera del día de Todos los Santos, Doña. Apolonia , comentó que al día siguiente, irían con su padre, -es decir el abuelo materno de Sofía -, a pasar el día al santuario de San Miguel de Aralar, hallándose en la cocina fregando Doña. Apolonia , fue a la cocina la niña Sofía y de un modo espontáneo le dijo a su madre: "... sí como el tío Emilio que se mete el pito en la boca". Doña. Apolonia , pregunto a su hija: "qué me dices", tratando de explicarse la afirmación de la niña porque en San Fermín el procesado había regalado a la niña Sofía un pito -silbato- rojo. Diciéndole la niña a su madre: "... no, no, no". La niña y la madre, se dirigieron de la cocina al salón, donde estaba el Sr. Pablo , diciendo Doña. Apolonia a su esposo: "...mira qué dice la niña", e insistiendo ante su hija que será el pito rojo que el procesado Emilio había regalado a Sofía durante las fiestas de San Fermín. La niña siguió insistiendo en que no era ése y señaló hacia el pene de su padre.

El día 1 de noviembre de 2006, la familia no se desplazó al santuario de San Miguel. Decidiendo el Sr. Pablo y Doña. Apolonia , comentar la situación con una psicóloga, que la habían recomendado unos conocidos y que tenía despacho abierto en la calle Monasterio de Urdax de esta ciudad. La psicóloga, explicó a los padres de Sofía , que debían hacer notar a su hija Sofía , que lo que había hecho su tío Emilio con ella estaba mal. Y además la Sra. psicóloga insistió en que debían denunciar los hechos, con la finalidad de evitar, que esta actuación, relatada por Sofía quedara impune y que en su caso se hubiera reiterado con otros niños. Explicando la Sra. psicóloga a los padres de Sofía , que se debieran tomar las prevenciones oportunas con la finalidad de evitar que Sofía tuviera que declarar reiteradamente sobre estos hechos, ofreciendo incluso los servicios de su equipo. Doña. Apolonia , era en principio reticente a denunciar estos hechos, si bien siguiendo la indicaciones de la Sra. psicóloga, le dijo a su hija Sofía que lo que había hecho su tío Emilio con ella estaba muy mal. Respondiendo Sofía que "... yo no sabía mamá, yo no sabía...".

A través de un conocido, Don. Pablo se puso en contacto, con un inspector de la Brigada Provincial de Policía Judicial, siendo citado, Don. Pablo , en las dependencias de la Jefatura Superior de Navarra, en concreto en la Brigada Provincial de Policía Judicial, Grupo V, S.A.F. Menores, para que comparecencia el día 27 de noviembre de 2006, por haber tenido conocimiento el inspector con carné profesional nº NUM002 , adscrito al expresado grupo V, de que una niña de cinco años podía haber sido víctima de un delito contra la libertad sexual. En virtud de la expresada citación, compareció el Sr. Pablo , quien relató ante el inspector, los hechos de los que hasta ese momento tenía constancia, incluyendo la consulta con la Sra. psicóloga, si bien, en la transcripción de la comparecencia realizada en la expresada Brigada de Policía Judicial con fecha 27 de noviembre de 2006, por error se indicó, que la Sra. psicóloga le había aconsejado, -a los padres de la niña Sofía -, que no pusieran denuncia de los hechos puesto que el proceso policial/judicial iba a ser

traumática para la niña, tendría que repetir lo ocurrido una y otra vez y lo que iban a conseguir es que la niña no consiguiera olvidarlo.

El inspector nº profesional NUM002 , indicó al Sr. Pablo , la conveniencia de denunciar los hechos, consultando por teléfono con S. Sª titular del Juzgado de Instrucción nº 1 de Pamplona, sobre la posibilidad de realizar una "prueba preconstituida", a fin de que la niña prestara testimonio una sola vez en sede judicial.

El Sr. Pablo , abandonó las dependencias policiales, indicando que tendría que consultar con su mujer, la pertenencia a plantear la denuncia. E indicando al inspector, que antes de plantear la denuncia, prefería comunicar personalmente los hechos a su única hermana, es decir la Sra. Marina , indicándole: "... lo que había ocurrido y el tipo de persona que era su marido", - en referencia al ahora procesado Sr. Emilio .

Algún día posterior al 27 de noviembre de 2006, puesto en contacto el Grupo V/S.A.F.- Menores de la Brigada Provincial de Policía Judicial, con el Sr. Pablo , por éste se comunicó que habían decidido, -él y su esposa-, no denunciar los hechos, porque consideraban que era lo mejor para su hija, asegurando que no tendría ningún trato con el agresor ni con su hermana en lo sucesivo, incluyendo las fechas de Navidad inmediatamente posteriores.

Por parte del Inspector-Jefe de la Brigada Provincial de Policía Judicial de la Jefatura Superior de Policía de Navarra, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, se comunicó, con fecha 30 de noviembre de 2006, al Juzgado de Instrucción nº 1 de Pamplona, el contenido de la Anterior "comparecencia", del Sr. Pablo .

Por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Pamplona, con fecha 1 de diciembre de 2006, se dictó Auto , en el que se acordaba al incoación de Diligencias Previas, pues los hechos que resultaban de la comparecencia hacían presumir la posible existencia de una infracción penal, acordándose la inhibición del conocimiento del procedimiento a favor del Juzgado de Instrucción nº 2, de acuerdo con las normas de reparto vigentes.

Recibidas las actuaciones en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Pamplona, por este órgano jurisdiccional, mediante Auto de fecha 15 de diciembre de 2006 , se acordó incoar Diligencias Previas, pues los hechos que resultaban de "las anteriores actuaciones", presentaban características que hacían presumir la posible existencia de una infracción penal. Acordándose citar al Sr. Pablo , a fin de oírle en declaración de día 4 de enero de 2007.

En los días comprendidos, entre su comparecencia ante el Grupo V, S.A.F. de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Navarra y su comparecencia para realizar la declaración ante el Juzgado con fecha 4 de enero de 2007 , el Sr. Pablo , acudió en dos ocasiones, a la vivienda sita en la barriada de la Chantrea de esta ciudad, donde vivió hasta su fallecimiento su madre y que, era ocupada, por su única hermana Marina , junto al aquí procesado Sr. Emilio .

En la primera ocasión, en que acudió a la expresada vivienda el Sr. Pablo , no comentó nada acerca de los hechos relatados por la niña Sofía , a su hermana, la Sra. Marina , al percibir el Sr. Pablo , que en la vivienda se encontraba el Sr. Emilio , pretextando el Sr. Pablo que había acudido a la vivienda, con la finalidad de recoger unos discos.

Aproximadamente una semana después, de la personación del Sr. Pablo , en el interior de la vivienda que ocupaba la Sra. Marina , junto al Sr. Emilio , acudió nuevamente al portal de la expresada vivienda ubicada en el barriada de la Chantrea, el Sr. Pablo , llamando por el "telefonillo", contestándole su hermana, diciéndole el Sr. Pablo , a su hermana Marina que bajara. Una vez que se hallaba en el portal, la Sra. Marina , su hermano Pablo , le dijo una expresión con el aproximado siguiente tenor literal: "---el hijo de puta de tu marido me ha amargado la vida, porque mira lo que le ha hecho a mi hija..."En referencia a la actuación que había sido relatada por Sofía a sus padres, es decir, a las diversas ocasiones, en las que bajo el pretexto de entregarle un helado en el almacén del bar y restaurante anexo al santuario de San Miguel de Aralar, le había hecho que cerrara los ojos y que Sofía le chupara el pene al procesado Emilio . También en estado de alteración, el Sr. Pablo , le dijo a su hermana, que quería que abandonara junto al Sr. Emilio , la casa materna; porque no podía soportar, que en ella viviera, la persona que había abusado de su hija Sofía de este modo. Recordando el Sr. Pablo , a su hermana Marina , que le había entregado meses antes la suma de 22.000 #, como parte del importa patrimonial de su participación en la comunidad hereditaria, que ambos hermanos, mantenían como únicos titulares, del piso adquirido por herencia, después del fallecimiento de su madre.

Después de esta conversación, el Sr. Pablo , recibió e su teléfono móvil, algunas llamadas que no contestó, procedentes del teléfono del Sr. Emilio , que tenía memorizado en su aparato telefónico móvil, el Sr. Pablo .

*Después de la declaración ante el Juzgado de Instrucción nº 2 del Sr. Pablo , prestada como se ha dicho el día 4 de enero de 2007, por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Pamplona, se dictó el Auto de fecha 23 de enero de 2007 , en el que se acordaba practicar como prueba preconstituida la exploración judicial de la menor Sofía , así como reconocimiento de la misma por la psicóloga adscrita al Decanato. Señalándose a tal fin la audiencia de día 9 de febrero de 2007 . Igualmente en el expresado Auto se acordó citar a Emilio a través de la policía para oírle en declaración el día 7 de febrero den calidad de imputado.*

*Después de tener conocimiento de la citación realizada, al Sr. Pablo , para que compareciera junto a su hija Sofía , con el fin de practicar como prueba preconstituida la exploración judicial de la niña; ambos padres de la niña Sofía , es decir, el Sr. Pablo y la Sra. Apolonia , decidieron personarse en las actuaciones, contactando, a través de alguna amistad, con una letrada en concreto, la Sra. María Herrera Monzo, a quien confiaron la dirección técnica, para ejercitar la acusación particular en la comparecencia apud-ata, que otorgó el Sr. Pablo , ante el Juzgado de día 30 de enero de 2007 .*

La abogada Sra. María Herrera Monzo, había indicado previamente a que le fuera confiado el apoderamiento para ejercitar la representación técnica, que debía cerciorarse, según su saber y entender profesional, de la credibilidad del relato acerca del abuso sufrido que refería la niña Sofía y ello como actuación previa a asumir el ejercicio de la acusación particular. Para ello les indicó, a sus padres que debían mantener una conversación con la niña. Con el acuerdo de sus padres, la letrada Sra. María Herrera Monzo, se personó en la vivienda familiar ubicada como se ha dicho en la CALLE000 nº NUM000 piso NUM001 del barrio de DIRECCION000 de esta ciudad de Pamplona, donde estaba la niña Sofía y sus padres, presentándose la letrada Sra. Herrera, como una amiga de sus padres. Entablando la Sra. Abogada, una conversación distendida con la niña, sentándose en el suelo junto a ella, hablando de diversos temas, contando la abogada Sra. Herrera, una vez transcurrido en tiempo de conversación con la niña Sofía , que a su hija le habían engañado, ofreciéndole en chupa-chups para que lo chupara, encontrándose, la supuesta hija de la abogada Sra. Herrera con la sorpresa de que lo que le habían dado para chupar en realidad era un palo sin "el Chupa-chups". Relatando la niña espontáneamente, a la Sra. Abogada María Herrera, cómo le había hecho algo parecido su tío Emilio , engañándole diciendo que chupara un helado, cuando en realidad lo que daba a chupar era lo que la niña Sofía denominaba como "su pito o cola", -en referencia por la niña Sofía al pene del procesado Sr. Emilio .

*En la fecha de los hechos, la niña Sofía , cursaba estudio de 2º de Educación Infantil en al Ikastola Mendigoiti con un adecuado rendimiento escolar. La niña es cordial, tranquila, colaboradora, comunicativa y presenta una plena integración en su entorno familiar, escolar y social. Presenta un buen nivel de expresión verbal y una comprensión adecuada para su edad. La niña Sofía , relata los hechos cometidos sobre su persona por el procesado Emilio , haciéndole chupar su pene, bajo el engaño de que se trataba de un helado, obtenido por razón de la relación de confianza que mantenía con la niña y después de haberle hecho cerrar los ojos, en el lugar y durante las ocasiones precedentemente relatadas, son muestras de afectación emocional, porque la niña no los vivenciaba como negativo, pues Sofía no tiene conciencia sobre su significado y connotación sexual de los mismos. Estos hechos no han determinado secuelas asociadas a los mismos sobre la personalidad, ni la estabilidad emocional de la niña Sofía , quien tiene la percepción, transmitida por sus padres, siguiendo las indicaciones de la primera psicóloga a la que acudieron según ha quedado relatado, de que lo que ha hecho su tío con ella, al engañarle, haciéndole chupar su pene, haciéndole creer que se traba de un helado, está mal y por ello según lo que le han contado sus padres, su tío deber ser castigado. La niña Sofía , conserva estos hechos, en el seno de la intimidad familiar y sólo los ha relatado, después de su primera manifestación espontánea, realizada como se ha dicho a sus padres en la vivienda familiar el día 31 de octubre de 2006, cuando ha sido requerida concreta y específicamente para que los relate, en muy determinadas ocasiones, en concreto: cuando su madre, Doña. Apolonia , siguiendo las indicaciones de la Sra. psicóloga con la que primero había contactado el matrimonio, hizo notar a su hija que lo hecho su tío con ella estaba muy mal; en el relato espontáneo, realizado ante la abogada Sra. Mª Herrera Monzo, en el domicilio familiar ubicado en el barrio pamplonés de DIRECCION000 , con el detalle que antes se ha expresado y ante la psicóloga adscrita ante el Decanato de los Juzgados de Pamplona, la Sra. Brigida , durante la exploración judicial, que tuvo lugar el 9 de febrero de 2007, en la conversación, que mantuvo la Sra. psicóloga Brigida , inmediatamente después de la práctica de esta exploración y en el despacho de la Sra. psicóloga, con la finalidad de obtener algunas notas por parte de la Sra. Brigida para elaborar su informe. Y por último en la entrevista individual semiestructurada con la menor, Sofía , que como parte de la metodología para elaborar el informe pericial fechado el 27 de marzo de 2007, y emitido junto al Sr. Médico-Forense, D. Fidel , fue requerido por el Juzgado instructor durante la tramitación propia de las diligencias previas 7275/06 del expresado Juzgado de Instrucción nº 2 de Pamplona .*

*Durante el pasado mes de febrero del año en curso 2008, se ha otorgado escritura pública, entre los hermanos Pablo y Marina , en la cual se adjudica, la íntegra titularidad dominical de la vivienda materna ubicada en el Barrio de la Txantrea, al Sr. Pablo , aceptando D<sup>a</sup> Marina , com recibidos de su hermano Pablo , a cuenta del precio de adjudicación de la vivienda a su hermano, la suma de 22.000 # >>.*

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

*<<"FALLO: Debemos condenar y condenamos a Emilio como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancia modificativas de la responsabilidad criminal, de UN DELITO CONTINUADO DE ABUSOS SEXUALES previsto y penado en los artículos 181.1 y 2, 182.1 y 2 , en relación con el art. 180.1 3<sup>a</sup> y 74 del C. Penal de OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN. Accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. Y PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO A MENOS DE 500 METROS DE Sofía Y DE COMUNICACIÓN CON ELLA PRO CUALQUIER MEDIO DURANTE DIEZ AÑOS.*

*La prohibición de acercamiento, se computará, en cuanto la misma pueda ser puesta en practica pro permitirlo la situación penitenciaria (permisos, situación de libertad condicional, ...), del condenado.*

*Imponiendo al condenado las costas procesales, incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la Acusación Particular.*

*Se ratifica la declaración de insolvencia del ahora condenado, aprobando en este sentido el auto dictado por el Juzgado Instructor.*

*Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, se declara e abono, el tiempo de detención y de prisión provisional, que de detalla en el expositivo de esta sentencia>>.*

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional por el acusado Emilio , 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, alegando los motivos siguientes:

**Motivos aducidos en nombre de Emilio .**

MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción inocencia.

MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución.

MOTIVO TERCERO.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución.

MOTIVO CUARTO.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución.

MOTIVO QUINTO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación del artículo 182.1 del Código Penal .

MOTIVO SEXTO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación del artículo 74 del Código Penal . MOTIVO SÉPTIMO.- Al amparo del artículo 849.1 de al LECrim , por indebida aplicación del artículo 191 del Código Penal .

4. - El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el acusado recurrente, impugnando todos los motivos en él aducidos. La Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5. -Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día catorce de enero de dos mil nueve.

6.- Esta Sala por Auto de fecha veintiséis de enero de dos mil nueve Acordó prorrogar el término para dictar sentencia en el presente recurso de casación según art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en treinta días hábiles más.

7.- Actúa como Ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar conforme a lo prevenido en el art. 206 de la LOPJ , al formular Voto Particular el Ponente inicial el Excmo. Sr. D. Juan Manuel Maza Martín

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurrente formaliza el presente recurso de casación contra la Sentencia que le condena como autor de un delito continuado de abusos sexuales del art. 181.1 y 2, 182 1 y 2 en relación con el art. 180.1, 3º, y 74 del Código Penal . Delito perpetrado en la persona de su sobrina, de cinco años de edad, a quien en diversas ocasiones introdujo el pene en la boca. Siete son los motivos de casación, de los que los cuatro primeros lo son por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que el recurrente alega desde perspectivas diferentes y respecto a distintos aspectos fácticos del relato histórico.

**SEGUNDO.-** El primero de los motivos por vulneración de la presunción de inocencia, canalizado a través del art. 852 y de la LECr se basa en que la prueba de cargo, consistente en la exploración de la menor, se practicó de forma indebida en la fase sumarial y no en el acto del Juicio Oral.

Se refiere con ello el recurrente a que la Sala de instancia fundamenta su declaración de hechos probados principalmente en la diligencia realizada durante la instrucción en la que el Juez acordó mediante Auto de 23 de enero de 2007 practicar la exploración de la menor como prueba preconstituida. La resolución valoró para ello la gravedad de los hechos, la edad de la niña, y la reticencia de los padres a someter a su hija a las actuaciones procesales tendentes al esclarecimiento de los hechos. Por ello acordó la exploración inmediatamente como prueba preconstituida ordenando asegurar la contradicción de las partes y documentar la diligencia en la forma legal prevista. Consta en las actuaciones que para su práctica -como correctamente se refiere en la Sentencia- una psicóloga se desplazó al lugar habilitado, separado de la sala destinada a la exploración por un cristal de amplias dimensiones que permitía la visión de las personas que estaban en el local adjunto y donde estaban instalados aparatos dispuestos para la grabación del interior de la sala de exploración conectada mediante señal de audio con la sala adjunta. Desde la sala de exploración el cristal tenía la apariencia de un espejo, de modo que la niña no podía ver que en el local adjunto estaban las personas que intervendrían y presenciarian la exploración. Estas personas intervinientes fueron: El Magistrado Juez de Instrucción, el Secretario Judicial, el letrado del imputado -ahora condenado recurrente-, la letrada de la acusación particular, y el Ministerio Fiscal. La diligencia de exploración consistió en un prolongado diálogo entre la niña y la psicóloga que fué llevando la conversación hacia la narración de los hechos sucedidos. Esta psicóloga anotó e hizo a la niña cuantas preguntas interesaron las personas presentes en el local adyacente a la exploración, de modo que todas las partes pudieron pedir las precisiones que tuvieron por conveniente en relación con cuanto había manifestado la menor, e incluso después de ésto la psicóloga se retiró al local adyacente en que estaban los demás y recogió la pregunta que interesó hacer el letrado del imputado, desplazándose de nuevo a la Sala de exploración y haciéndole la pregunta a la niña. Todo esto se filmó sin interrupción, se grabó con claridad y se recogió en el correspondiente soporte audiovisual. La diligencia así practicada fué en el día del Juicio Oral vista y escuchada por el Tribunal juzgador, con intervención de las partes.

**TERCERO.-** Con este antecedente y puesto que el recurrente en este primer motivo se queja de que la exploración se hiciera en instrucción y no en el Juicio Oral ante el Tribunal juzgador, negando que por ello tenga validez como prueba de cargo, se hace preciso en primer lugar establecer en este Fundamento tercero, el marco jurídico general de las pruebas anticipadas, llamadas también a veces preconstituidas, para dentro de ese marco situar luego en los Fundamentos Cuarto, Quinto y Sexto las argumentaciones impugnatorias del recurrente y a partir de ellas concretar las exigencias legales del marco general a fin de decidir la estimación o no del motivo primero que examinamos.

1.- En nuestro ordenamiento procesal, como recientemente ha recordado una vez más esta Sala en su sentencia 129/2007 de 24 de febrero , por regla general los medios de prueba con validez e idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia son los que se practican en el Juicio Oral bajo los principios de inmediación ante el mismo Tribunal que ha de juzgar; de contradicción entre las partes del proceso; y de publicidad. También la prueba testifical debe en principio practicarse así, salvo los casos excepcionales que luego se dirán, es decir ante la presencia del Tribunal sentenciador. En este sentido el art. 702 de la LECr dispone que quienes están obligados a declarar "lo harán concurriendo ante el Tribunal". Y el art. 446 de la LECr , establece la obligación que el testigo que declaró en el sumario tiene de "comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello".

Se ha dicho con razón que la verdadera fuerza o valor probatorio de la prueba testifical descansa en el hecho de que se produzca ante la presencia inmediata del Tribunal, pues la inmediación tiene indudable influencia en la debida valoración del testimonio a la hora de conformar el convencimiento judicial.

2.- Excepcionalmente, sin embargo, cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral, sustituyéndola por otras soluciones. En ellas existen diferencias por su mayor o menor observancia de los principios que presiden la práctica de la prueba y especialmente del principio de inmediación ante el Tribunal juzgador:

**A)** Así sucede, salvándose plenamente la inmediación, con la llamada "prueba anticipada en sentido propio". Se admite en el Procedimiento Ordinario por el art. 657 apartado tercero, que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen "desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión". Norma que tiene en el Procedimiento Abreviado su correspondencia en los arts 781-1 apartado tercero y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar "la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral". En uno y otro procedimiento la excepcionalidad se limita a la anticipación de la práctica probatoria que se desarrolla en un momento anterior al comienzo del juicio oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la prueba, con sometimiento a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785-1º de la LECr).

**B)** Un segundo supuesto muy diferente, porque ya supone un sacrificio de la inmediación, es el denominado por algunos como "prueba preconstituida". Su diferencia con la anticipada está en que en la preconstituida la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediación desaparece al menos como inmediación espacio temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. A veces se le denomina prueba "anticipada en sentido impropio" para reservar el término de "preconstituida" a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica -como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias -es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra forma este supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se preven como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se dan en el procedimiento abreviado y en el ordinario: **1)** En el abreviado se rigen por lo dispuesto en el art. 777 de la LECr según el cual "cuando por razón de lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Como es obvio que ante el Juez de Instrucción no se satisface debidamente la inmediación, el precepto busca garantizar al menos una inmediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el instructor se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o bien- previendo quizás la secular falta de medios de la Justicia española- por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes; **2)** En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: **a)** en cuanto al presupuesto condicionante: que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península; **b)** en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo; que se le examine "a presencia del procesado" y de su Abogado defensor- salvo el supuesto del art. 449 - y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieran asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; y que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; **c)** en cuanto a su introducción en el Juicio Oral: que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba, preconstituída o anticipada; exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad, y contradicción. Así lo evidencia además que lo exige el art. 777 en el Procedimiento Abreviado, sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, cuando está referido a delitos de mayor gravedad; y **d)** que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario para comparecer al Juicio Oral, legitimante de su práctica anticipada ante el Juez de Instrucción, subsista después, puesto que si por cualquier razón desapareciera luego la imposibilidad de acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse del testimonio directo en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada al amparo del art. 448 de la LECr.

**C)** El tercer supuesto lo regula el art. 730 de la LECr que cubre los casos en que no siendo tampoco posible, como en los anteriores, prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, sin embargo, a diferencia de ellos, la imposibilidad procede de factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito el art. 730 de la LECr dispone que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral.

**CUARTO.-** El anterior marco jurídico de carácter general sitúa la impugnación del recurrente dentro del régimen legal del segundo grupo de excepciones, es decir de la llamada prueba preconstituida o anticipada en sentido impropio. Y lo primero que aduce el recurrente es que no se da en este caso el presupuesto legitimante de su práctica, porque no era imposible que la exploración de la menor se practicara en el Juicio Oral y directamente ante el Tribunal juzgador. Este es el alegato principal y el que exige una mayor atención:

**1 .-** En el Procedimiento Ordinario y en el de urgencia, el presupuesto condicionante se enuncia en diferente manera, pero con análoga significación e idéntico fundamento. En aquél, se contempla la muerte y la incapacidad del testigo como sucesos previsibles justificantes de la preconstitución de la prueba y se añade la imposibilidad prevista de concurrir por haber de ausentarse de la Península. Es una fórmula casuística un tanto arcaica perteneciente al texto primigenio de la LECr de 1882. En cambio en el art. 777 del procedimiento abreviado, de moderna creación, la fórmula empleada combina la referencia concreta a que por el lugar de residencia del testigo se tema no poder practicar la prueba en el Juicio Oral, con una previsión más general, directamente expresiva del fundamento de la preconstitución probatoria, al admitirla cuando "por otro motivo" -que el legislador no precisa ni limita de ningún modo- se tema razonablemente que la prueba no se podrá practicar en el juicio o pudiera motivar su suspensión. La idea de imposibilidad es la clave porque constituye el fundamento básico justificante de la preconstitución de la prueba, y está presente tanto en los supuestos concretos del art. 448 de la LECr , en el procedimiento ordinario, como en la genérica previsión del art. 777 de la LECr en el procedimiento de urgencia.

**2.-** De este modo, siendo la negación de la imposibilidad lo que esgrime el recurrente como primera razón de su impugnación de la validez probatoria de la exploración de la menor hecha en este caso como prueba preconstituida en el sumario, dos son las cuestiones a despejar: A) el ámbito y alcance de lo que significa esa "imposibilidad" legalmente relevante a tales efectos; y B) determinar si a partir de esa interpretación concurre o no en el presente caso:

**A)** En cuanto al alcance, de lo que significa la imposibilidad, la tradicional inclusión desde 1882 en el art. 448 de la LECr de los tres consabidos supuestos de muerte, incapacidad y ausencia de la Península, se ha visto ampliada por la referencia en el procedimiento abreviado a que, "por cualquier otro motivo", se prevea anticipadamente la imposibilidad (art. 777 de la LECr ). Y por otra parte ciertos cambios legislativos modernos han conducido a una doble delimitación de direcciones contrarias:

**a)** De un lado se impone una restricción de la idea de "imposibilidad" por residencia en el extranjero, ya que de ser esto hace años un casi insalvable obstáculo para trasladarse a otro país con tiempo suficiente para testificar, ha pasado actualmente a ser problema menor por la facilidad y rapidez de los transportes y comunicaciones y por el desarrollo de normas de cooperación procesal entre los Estados que regulan y facilitan extraordinariamente la asistencia recíproca internacional en el ámbito penal.

**b)** Por otro lado se impone también una ampliación de la idea de "imposibilidad" para testificar en Juicio Oral; ampliación en el sentido de 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. Éste 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 ). Los Estados miembros estaban obligados a incorporar las previsiones de la decisión marco a sus ordenamientos internos el 22 de marzo de 2.002, como muy tarde. Aunque las decisiones marco no tienen efecto directo porque así lo ha querido el "constituyente" de la Unión (artículo 34, apartado 2 , letra b) del tratado) el Tribunal de Justicia en la citada Sentencia, (dictada con relación a una condena por malos tratos de una profesora a niños, que declararon anticipadamente ante el Juez de Instrucción, sin cobertura legal en esa clase de delitos) recuerda que las decisiones marco tienen carácter vinculante, ya que obligan a los Estados miembros <<en cuanto al resultado que deba conseguirse>>. Este carácter supone para las autoridades nacionales y, en particular, para las judiciales, el deber de interpretar las normas de su derecho interno ajustándose a los términos de las decisiones marco (apartados 33 y 34 de la sentencia y punto 36 de las conclusiones), pues el principio de cooperación leal, que justifica la regla de la interpretación conforme, también opera en el tercer pilar (apartado 42 de la sentencia). Añade el Tribunal que su competencia prejudicial ex artículo 35 del Tratado UE quedaría privada del efecto útil si los particulares no pudieran hacer valer ante sus jueces domésticos las decisiones marco con el fin de obtener un entendimiento de su derecho nacional acorde con los objetivos marcados por el legislador de la Unión en una decisión marco (apartado 38 de la sentencia). En definitiva, al aplicar el derecho interno, los jueces nacionales han de hacer todo lo posible para alcanzar el resultado previsto en una decisión marco, tomando en consideración, si fuese menester, todo el derecho nacional (apartados 43 y 47 de la sentencia). Los únicos límites a este deber se encuentran en los principios generales del derecho, singularmente los que proclaman la seguridad jurídica y la irretroactividad de las normas sancionadoras o no favorables, quedando proscritas las interpretaciones *contra legem*, que no pueden cobijarse en la mencionada regla de interpretación conforme (apartados 44 y 47 de la sentencia).

Como ha puesto de relieve la mejor doctrina, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, de 16 de junio de 2005 (asunto "Pupino") viene a reconocer por vía interpretativa efecto directo a las decisiones marco, porque, en última instancia, el juez nacional ha de dar efectividad a sus determinaciones (con el único límite de la exégesis *contra legem* ), no obstante el silencio, las ambigüedades o las obscuridades del sistema jurídico interno. Se repite aquí en cierta medida la misma evolución que en el primer pilar, en el que, pese a la negación de efectos directos horizontales de las directivas, en la práctica se

ha llegado al mismo resultado por el cauce de la interpretación conforme. La sentencia Pupino representa en el tercer pilar un papel semejante al jugado por la sentencia Marleasing en el primero.

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.

**B)** La cuestión queda entonces limitada a establecer si en este caso concreto esa justificación -que desde la Sentencia "Pupino" estaría cumplida por la misma condición de ser la víctima una niña de cinco años- está avalada por una indudable imposibilidad de testimoniar en Plenario, a partir de la interpretación correcta de esa exigencia.

Es cierto que al tiempo de hacerse la prueba preconstituida la perito psicóloga expresó que la niña no tenía conciencia sobre el significado y connotación sexual de los hechos, no estaba afectada emocionalmente y no presentaba secuelas significativas asociadas a los hechos. Pero tal opinión estaba referida al momento en que se emitió, el informe muy anterior al Juicio Oral. Y con ser la pericia elemento relevante en la formación del criterio judicial, no lo condiciona necesariamente. Además, sin necesidad de pericia, es evidente y propio de la más común experiencia, que, pasado un tiempo no necesariamente dilatado, la menor adquiriría progresivamente por su misma evolución alguna conciencia del significado negativo de los actos sexuales a que fue sometida. Por ello es razonable pensar que la ignorancia que presentaba en los momentos iniciales por su misma ingenuidad infantil, pudiera en algo disminuir con el tiempo y aumentar por consiguiente el riesgo de sufrir negativas consecuencias por la repetición de su testimonio en tiempo posterior. Añádese a esto que la misma consideración de su lógica evolución, y en no mucho tiempo por no ser demasiado el que podría mantenerla en la total ignorancia de las cosas, supondría una lógica merma en la espontaneidad y sinceridad de su testimonio, transcurrido ese tiempo, es decir una merma del valor demostrativo de su declaración tardía, y sin ventaja para la intermediación de la prueba. Y aún más teniendo en cuenta que afortunadamente en el Juzgado de Instrucción se hizo una buena grabación de imagen y sonido, que permitió al Tribunal sentenciador percibir por sí mismo, a través de su exacta reproducción completa, las manifestaciones de la menor. La falta de intermediación espacial y temporal respecto éstas declaraciones no excluye la total intermediación respecto a su reproducción exacta, cumpliendo sobradamente lo principal del principio siquiera de segundo grado o indirecto, con unas mínimas desventajas, que quedan ampliamente compensadas por los beneficios de conjurar los graves riesgos que para la estabilidad de la menor hubiere supuesto su exploración directa en el plenario.

**C)** Por todo lo expuesto 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.

**QUINTO.** - La segunda razón alegada por el recurrente es que tampoco en esa prueba preconstituida se cumplió el requisito de la garantía de la contradicción, que exige no solo la presencia del letrado defensor sino también la del inculpado, cuando el testimonio se practica , es decir cuando tiene lugar.

Invoca para ello el recurrente lo dispuesto en tal sentido por el art. 448 de la LECr . Sin embargo ese precepto que en efecto contiene la exigencia de la presencia del inculpado en la prueba preconstituida, pertenece al procedimiento ordinario. La norma específica de aplicación en el presente caso es la del art. 777 de la LECr . por tratarse, en el momento de practicarse la exploración, de un Procedimiento Abreviado. El art. 777 exige que en la prueba practicada en la fase instructora el Juez asegure "en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes", pero no establece para ello la necesidad de presencia del imputado.

En todo caso la doctrina de esta Sala no estima que sea la ausencia del imputado invalidante de la prueba cuando estando presente su letrado tiene éste la oportunidad de intervenir en la práctica de la diligencia. En este sentido la Sentencia 1177/2005 de 19 de octubre señala que la omisión formal de la presencia del inculpado, estando presente su letrado y el Ministerio Fiscal no produce indefensión cuando el testigo es un menor de edad pues no es imaginable que le permitieran a aquél hacerle preguntas de forma directa, tras la modificación del art. 448 con el añadido de su párrafo último, entendiéndose que para asegurar la contradicción exigida para la validez de la exploración como prueba anticipada es suficiente la presencia en el acto de los abogados de los acusados. Por su parte la Sentencia de 16 de enero de 2008 declara que "no hay razones objetivas que permitan afirmar que siempre y en todo caso, la ausencia del procesado, hallándose presente

su Abogado defensor, implique la quiebra de esa contradicción. No existen argumentos que permitan avalar la tesis de que la presencia del procesado, como impone la corrección procesal, se convierta en un presupuesto de validez de la práctica de esa diligencia. No es eso -añade la Sentencia citada- lo que parece desprenderse por ejemplo del art. 777.2 de la LECr que, en el ámbito del procedimiento abreviado, en los mismos supuestos, sin mención alguna a esa presencia, impone al Juez de Instrucción el deber de practicar inmediatamente la prueba asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Criterio que ya mantuvo esta Sala incluso antes de la reforma que introdujo la norma del actual art. 777.2 por Ley 38/2002 de 24 de octubre : así la Sentencia 263/1998 de 5 de octubre , con relación al art. 448 declaró que la no presencia del acusado mismo en el acto de los interrogatorios no es defecto procesal determinante de la nulidad cuando no se omiten los requisitos condicionantes del fin del acto procesal, ni se produce indefensión, si intervino el Abogado del imputado porque pudo preparar los interrogatorios escuchando previamente la versión de su patrocinado.

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.

**SEXTO.-** El tercer argumento invocado contra la validez de la referida prueba es que no se cumplieron sus requisitos subjetivos y formales, porque -dice el recurrente- no se practicó por el Juez de Instrucción ni en presencia de las partes intervinientes ni tampoco ante un experto en la materia. Apoya el impugnante su afirmación en que fue la psicóloga quien hizo las preguntas a la niña dentro de la Sala en que se encontraban mientras el Juez, el Fiscal y el letrado estaban fuera de ella, en la habitación adjunta presenciando la exploración. De ahí deduce que se hizo "por" la experta, no "ante" ella, y se hizo "ante" el Juez y no "por" el Juez.

Toda esta argumentación se pretende justificar en el art. 433 de la LECr , que posibilita que toda declaración de un menor pueda hacerse "ante expertos" y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Olvida el recurrente que el carácter general del art. 433 se limita a permitir la presencia de un experto en el acto y que, por la misma razón de ser de la norma habilitante, no puede limitarse su actuación a una función espectadora o de presencia pasiva, sino de aportación activa de sus conocimientos o habilidades propia de su experiencia. Ser instrumento emisor de las preguntas formuladas a un menor, cuando lo que se persigue es preservar su equilibrio emocional al relatar unos graves hechos de abuso sexual, constituye un modo de ejercer la función para la que se requiere su presencia. Eso no significa que el interrogatorio lo dirija el experto, sino el Juez de Instrucción con intervención de las partes presentes, bajo el control de aquél y por medio instrumental del experto. Un modo de operar correcto que se acomoda a las exigencias del art. 777 de la LECr , y que en este caso se realizó de forma absolutamente impecable, como esta Sala de Casación ha comprobado al examinar íntegramente la grabación de la exploración preconstituida para ponderar el grado de cumplimiento de las exigencias legales condicionantes de su validez.

Por todas las razones expresadas en los Fundamentos anteriores, **el motivo primero del recurso debe ser desestimado.**

**SÉPTIMO.-** El motivo segundo, al amparo del art. 852 de la LECr , también denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española. Pero la perspectiva cambia ahora al apoyarse la denuncia en la falta de fiabilidad o credibilidad de la prueba de cargo, principalmente de lo declarado por la menor en la exploración. Para ello hace el impugnante una personal valoración de la prueba dirigida a la defensa del acusado, pretendiendo sustituir con su lógicamente parcial juicio valorativo el muy objetivo e imparcial de la Sala de instancia que dedica el Fundamento de Derecho primero a motivar su prudente valoración de las pruebas, a lo largo de un extenso razonamiento de mas de veinte folios de apretada argumentación, no desvirtuada por la del impugnante.

La Sala de instancia expresamente considera en el análisis de la prueba de cargo, la exploración de la menor, en relación con el interrogatorio del procesado, y la declaración de la madre y del padre de aquélla, y el dictamen pericial emitido por una psicóloga y el médico forense acerca de las condiciones de credibilidad de lo manifestado por la menor, que en todo caso constituye la prueba básica y esencial sustentadora del relato histórico, y a la que todas las demás vienen a referirse como eje principal de la acusación. Al respecto deben hacerse las siguientes consideraciones:

1.- Según reiterada doctrina jurisprudencial constantemente repetida en innumerables sentencias, las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical siempre que se practiquen con las debidas garantías, y son hábiles, por sí solas, para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia; y de manera específica en los delitos contra la libertad sexual en los que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos.

Ahora bien, la declaración de la víctima, cuando es la única prueba de cargo, exige una cuidada y prudente valoración por el Tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa. Ponderación que debe hacerse por la Sala de instancia, sin limitarse a trasladar, sin más, al hecho probado las declaraciones de la víctima, sino contrastando su contenido con los elementos probatorios concurrentes para confirmar su verosimilitud y credibilidad, obteniendo una conclusión razonable sobre la realidad de lo acontecido en ejercicio de la valoración en conciencia de la apueba practicada (art. 741 LECr ). Para ello las notas necesarias que el testimonio de la víctima debe reunir para dotarla de plena credibilidad como prueba de cargo, son las siguientes:

**A)** Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento, venganza o enemistad, que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatoria asentada sobre bases firmes. Y aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina en forma categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de Mayo de 1994 ).

**B)** Verosimilitud del testimonio que ha de estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Exigencia que habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECr ); puesto que el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho.

**C)** Persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Esto significa que la declaración ha de ser: concreta y precisa narrando los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar; coherente y sin contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus distintas partes; y persistente en un sentido material y no meramente formal, es decir constante en lo sustancial de las diversas declaraciones.

A partir de estos criterios de ponderación del testimonio de la víctima, controlables en vía casacional, la valoración propiamente dicha corresponde al Tribunal de instancia que con las ventajas de la inmediación ve y oye directamente al testigo, percibiendo lo que dice y cómo lo dice, y tiene la posibilidad de valorar en su exacta dimensión sus gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas por el declarante en sus afirmaciones ante el Tribunal, por lo que su juicio valorativo y axiológico debe ser respetado íntegramente en el recurso casacional, incluida la faceta de la credibilidad del testigo.

En este sentido son numerosísimas las Sentencias de esta Sala que desarrollan la doctrina expuesta, como las SS de 19 de febrero de 2000, 28 de octubre de 2002, 19 de febrero de 2003 , entre otras.

2.- Aunque la inmediación en este caso lo fue de segundo grado o indirecta por haber sido la filmación de la exploración de la menor como prueba preconstituida, lo que el Tribunal de la instancia presencié por sí en el acto del Juicio Oral, resulta de la prueba y de su muy extensa valoración por la Sala que: **A)** desde el punto de vista de la credibilidad subjetiva no constan factores o datos contrarios a ésta. **1)** En efecto la minoría de edad no es por sí misma un obstáculo al crédito del testimonio, y la Sentencia de instancia lo expresa con acierto y aplicación de la doctrina jurisprudencial que admite como prueba de cargo el testimonio prestado por un impúber. **2)** Tampoco se detecta en la niña motivo alguno de resentimiento, odio o venganza hacia el acusado, porque ni siquiera al tiempo de la exploración tenía lógicamente conciencia del significado de lo sucedido. **3)** No hay dato alguno que permita suponer que la menor lo contara instrumentalizada o inducida por ningún adulto, como el recurrente plantea sobre hipótesis que no tienen un fundamento real fuera de lo imaginario y de la mera suposición; **4)** No hay dato alguno tampoco que permita atribuir a la menor una personal inclinación a la fabulación, tan propia de los niños pequeños, que le llevara a inventar lo que contó de su tío, y la pericial psicológica practicada sobre este aspecto es examinada con razonable acierto por la Sala de instancia. Esta Sala ha dicho en reciente Sentencia 97/2009 de 9 de febrero que con estas pruebas

periciales el Tribunal no ha de creer necesariamente a la testigo, ya que su crédito debe medirlo y valorarlo el propio tribunal de la instancia como parte esencialísima de su función de juzgar; pero, si para su ilustración dispuso en ese ejercicio valorativo del dato objetivo científico de no haber encontrado los peritos tendencia a la fabulación, éste será un dato no condicionante para la valoración del juzgador, pero sin duda útil y relevante para su justa y debida apreciación. La importancia de esta clase de dictámenes periciales estriba en el estudio psicológico de la personalidad del examinado por medios científicos, lo que permite un mejor conocimiento de sus características personales de indudable interés para un Tribunal, sin que para ello el dictamen tenga que alcanzar el imposible resultado de la certeza absoluta sobre si el testigo miente o dice la verdad. Basta con ofrecer luz sobre su posible tendencia a la fabulación, que es lo que en este caso estudiaron los peritos - psicólogo y médico forense- con negativa conclusión. **B)** Desde el punto de vista de la verosimilitud objetiva del testimonio, también la sentencia razona de manera lógica al considerar en su extensa motivación valorativa que la exposición de los hechos por la menor es creíble y narrada sin contradicción, reticencia o inexactitud esencial. Y es que su relato es coherente en su totalidad, por no contener elementos o partes incompatibles entre sí; claro y preciso en la descripción -con lenguaje infantil obviamente, y afortunadamente- sin dudas ni ambigüedades; y persistente en la unidad narrativa que tiene una única exploración. **C)** La ausencia en este caso de verdaderos datos objetivos de corroboración, no obsta la positiva valoración del testimonio. Debe reiterarse que no es requisito o presupuesto condicionante de la valorabilidad, sino criterio de racionalidad en su valoración, de modo que, como el resto de los que deben presidir una acertada ponderación, debe considerarse como un elemento que ha de iluminar la valoración de la prueba por el Tribunal, y que por lo mismo entra en juego al construirse el razonamiento expresivo del convencimiento de la Sala, y no al examinar los presupuestos sobre los que se construye la idea de validez de la prueba. Por lo demás queda dicho que éste concreto criterio para medir la racionalidad en la valoración debe ponderarse adecuadamente en delitos que -como sucede en este caso- no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración.

En conclusión, la prueba de cargo, válida y lícitamente practicada, ha sido analizada y ponderada por la Sala de instancia observando los criterios jurisprudenciales que han de presidir la racionalidad del discurso valorativo.

**Por lo expuesto el motivo segundo se desestima.**

**OCTAVO.-** Los motivos tercero y cuarto amparados en el art. 852 de la LECr alegan también la vulneración de la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española. Pero en este caso lo es por considerar que del contenido de la prueba de cargo no resultan dos datos fácticos que aparecen en el relato de hechos probados: que hubiese habido introducción del pene en la boca de la menor (motivo tercero) y que se realizara la acción por el acusado en varias ocasiones, debiéndose hacer constar en los hechos probados que lo hizo en una ocasión (motivo cuarto).

Ambos motivos carecen de razón y deben desestimarse. La prueba de cargo considerada por la Sala respecto a los dos extremos referidos se encuentra en la manifestación de la menor -cuya validez jurídica como prueba de cargo ya se ha examinado en los motivos primero y segundo-. En su exploración hace la menor afirmaciones claras y suficientemente expresiva de la realidad de ambos datos: en cuanto al primero contó que el acusado le dijo "cierra los ojos y abre la boca"; por lo que es obvio que la acción de "chupar" a que el recurrente se refiere en su argumentación como no necesariamente indicativa de una introducción en la boca, en este caso significa precisamente lo que la sentencia dice que significa y declara probado, sin que para ello consideremos necesario mayores precisiones. En cuanto a lo segundo -pluralidad de acciones- basta el examen de la grabación de la exploración de la menor para apreciar sin la menor duda que la niña se refiere a ocasiones distintas, y que en ellas su tío siempre le hacía lo mismo. No refiere una única acción, sino un comportamiento repetido en el tiempo a través de acciones diferentes.

**Los motivos tercero y cuarto se desestiman.**

**NOVENO .-** Los motivos quinto y sexto, canalizados a través del art. 849-1º de la LECr , denuncian la infracción por indebida aplicación del art. 182.1 del código Penal (motivo quinto ) y del art. 74 del Código Penal (motivo sexto). Ambos son tributarios de los motivos tercero y cuarto , respectivamente, en cuanto se formulan para el caso de ser éstos estimados.

Como no lo han sido, y el relato histórico por tanto queda intacto, con inclusión de los datos objetivos en ellos impugnados, es improcedente la estimación de los motivos quinto y sexto que presuponen la supresión en el *Factum* de esos elementos de hecho atacados en los dos motivos anteriores, que han sido desestimados.

**Por ello también se desestiman los motivos quinto y sexto.**

**DÉCIMO.-** El motivo séptimo, amparado en el art. 849-1º de la LECr se formula por indebida inaplicación del art. 191 del Código Penal , alegando que el procedimiento se ha incoado sin mediar denuncia de los representantes legales de la menor ni del Ministerio Fiscal, y que la *notitia criminis* tuvo lugar por un oficio de un agente de policía, que creía que una niña podía haber sido objeto de abusos sexuales.

El motivo no puede ser atendido: en exigencia de este requisito de procedibilidad la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que basta la presencia en la causa del agraviado o de su representante legal para tenerlo por cumplido, de modo que la personación en la causa de las personas que pueden activar el proceso penal supone la voluntad de perseguir el hecho delictivo (SS 10 febrero de 1993, 25 octubre de 1994, y 7 de marzo de 1996 ). Actitud convalidadora que incluso se da cuando la parte perjudicada comparece en el curso del procedimiento ya iniciado, colaborando a la investigación judicial al ofrecer en sus manifestaciones datos precisos para el esclarecimiento de los hechos sin mostrar reparo alguno a la continuación del proceso (S. 1341/200 de 20 de noviembre ).

En el caso presente es verdad que las diligencias se incoaron tras comunicar los hechos a la Autoridad Judicial un funcionario de policía, ante la reticencia de los padres a hacerlo ellos. Pero también es cierto que luego comparecieron en el proceso, declararon en él ante el Juez de Instrucción y se personaron en las actuaciones, interviniendo como parte del proceso, y ejercitando finalmente la acusación particular, con lo que el presupuesto de procedibilidad queda cumplido.

**Procede en consecuencia la desestimación del motivo.**

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por **Emilio** contra sentencia de fecha uno de abril de dos mil ocho dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, en causa seguida contra el mismo por un delito continuado de abusos sexuales, condenándole al pago de las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julián Sánchez Melgar José Manuel Maza Martín Francisco Monterde Ferrer Siro Francisco García Pérez**

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Adolfo Prego de Oliver y Tolivar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

### Voto Particular

#### **VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSE MANUEL MAZA MARTIN**

Con el máximo respeto, en esta ocasión mayor que nunca si cabe, que me merece la opinión prevaleciente de los miembros de este Tribunal, he de discrepar de la conclusión que por los mismos se alcanza, en cuanto al valor que ha de otorgarse a la principal prueba de cargo utilizada por la Resolución de instancia para fundamentar su pronunciamiento condenatorio, cual es el contenido de las manifestaciones efectuadas por la supuesta víctima del delito enjuiciado, en fase de Instrucción y con el carácter de preconstituida, en la forma minuciosamente descrita en el texto que apoyan mis compañeros de Sala.

Y digo, y repito, que en esta oportunidad mi actitud hacia el criterio de la mayoría ha de ser especialmente respetuoso, a la vista de los importantes intereses involucrados en la decisión del presente Recurso, entre los que el hecho de decantarse por una posición, como la de la mayoría de la Sala, de enérgica protección de la indemnidad de una menor, en realidad una niña, que ha podido ser objeto de abusos de carácter sexual, con la intención puesta en evitarle posibles daños consecuentes a una eventual victimización procesal, es adoptar una postura acreedora de todo elogio, si no fuera porque con ello, a mi juicio, se pueden estar conculcando, y de manera ciertamente más grave aún por lo que pudiera suponer de peligroso precedente para futuros procedimientos, valores y principios esenciales de entre los que rigen, hasta hoy al menos, nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

En efecto, sólo por esta razón considero una importante obligación de principios, más allá incluso de las específicas razones jurídicas por supuesto también concurrentes, oponerme a los extensos y brillantes argumentos de la Sentencia, por una serie de motivos que paso a sistematizar de manera muy esquemática, antes de desarrollar con más amplitud la que entiendo que tendría que haberse ofrecido como adecuada respuesta del Tribunal de casación a la cuestión esencial que suscita este Recuso.

1) En primer lugar, hay que coincidir en la aprobación respecto del correcto desarrollo formal de la diligencia probatoria practicada por el Instructor, con acabado cumplimiento de los principios rectores de una actuación de esas características, excepto en lo que se refiere a la injustificada ausencia del propio imputado, que se encontraba en esos momentos preso preventivo y, por ende, a entera disposición del Juzgado, lo que, en efecto, puede sostenerse que no supondría grave infracción del principio de contradicción, al encontrarse presente en la diligencia su defensor, pero que sí que acarrea problemas, en relación con el más amplio ejercicio del derecho de defensa, por no haberse encontrado defensor y defendido en directa comunicación durante el desarrollo de la prueba y a causa precisamente de la ulterior circunstancia de la incomparecencia de la menor en el acto del Juicio, de modo que a la postre se impidió que fuera interrogada, también en ese acto, sobre extremos de interés que pudiera haber sugerido el acusado a su Defensa a la vista de las respuestas que ofreciera la declarante.

De cualquier forma, resulta evidente que la corrección de la práctica de tal prueba no es sin embargo el extremo capital que, a mi juicio, ha de suscitar mayor atención en este caso.

2) En efecto, mucho más trascendente aún resulta la consecuencia derivada del hecho de que el recurso a la utilización de la prueba "preconstituida", como excepción al supuesto habitual respetuoso con el principio de intermediación de la práctica probatoria, sólo pueda encontrar justificación en los supuestos de verdadera imposibilidad para su realización en el Juicio, ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento, bien se trate de absoluta imposibilidad física (fallecimiento del testigo, por ejemplo) o, al menos, de gravísima dificultad para ello (como cuando el testigo se encuentra en el extranjero, sin que el Juzgador disponga de posibilidad real para conseguir su presencia en la Vista), circunstancias que en esta oportunidad no concurrían.

Puesto que además, salvo en tan especiales supuestos, que son los únicos expresamente admitidos en la norma procesal para la aplicación de tan excepcional fórmula, tan sólo se ha llegado a reconocer una posibilidad semejante en aquellos otros casos en los que la comparecencia ante el Tribunal y la rememoración de los hechos suponga para la salud psíquica del declarante un riesgo tal que obligue a optar porque prevalezca este superior interés de la salud sobre la propia exigencia procesal.

Pero en el procedimiento que nos ocupa, como hemos dicho, ninguno de tales requisitos habilitantes se cumplen ya que, no sólo no se hallaba el Tribunal "a quo" ante los supuestos legales de imposibilidad o grave dificultad para hacer comparecer en el acto del Juicio a la declarante, sino que incluso consta expresamente en los autos cómo expertos en psicología de menores afirman, con rotundidad, que la niña no sufría alteración psíquica alguna por los abusos que supuestamente había padecido, ni secuelas por ello, y los rememoraba sin dificultad ni perturbación de ninguna clase.

De hecho, ni siquiera puede afirmarse como justificación para aplicar la excepción al régimen habitual en la práctica de la prueba personal, que tal comparecencia se intentase y que cualquiera clase de circunstancia u obstáculo sobrevenido, de mayor o menor relevancia, tal como la oposición de los padres de la menor a que ésta declarase en Juicio, la hubieran llegado a impedir o dificultar, toda vez que la Audiencia ni tan siquiera intentó esa posibilidad.

Ya que, en definitiva, la cuestión esencial en esta oportunidad no es otra que la determinar el nivel de dificultad exigible a la posibilidad de la práctica de la prueba en Juicio para considerarla de imposible realización o, al menos, suficientemente justificada su omisión.

3) No existe por ello, a mi juicio, causa o razón que avale, de modo especial y concretamente en la presente ocasión, nuestro apartamiento de los criterios contenidos en la doctrina tradicional de la Sala en esta materia, que más adelante se citará, en el sentido de la obligación de comparecencia de los testigos menores, posibles víctimas de delitos contra su indemnidad sexual, ante el Juzgador, en el transcurso de las sesiones del Juicio oral o, al menos, como prueba anticipada en sentido estricto, máxime si tenemos en cuenta que los indeseables efectos de victimización procesal pueden quedar muy reducidos en los tiempos actuales, con el uso de modernas tecnologías e instrumentos a los que la propia legislación se refiere, precisamente como los utilizados en este caso por el mismo Instructor.

Y así, en este momento, podríamos preguntarnos el por qué no se llevó a cabo la prueba exactamente del mismo modo a como se hizo ante el Juez de Instrucción, con iguales métodos y formas de interrogatorio (en estancia aislada, por medio de un experto en psicología infantil, etc.) pero en sede de enjuiciamiento, en presencia y con la posibilidad de directa y activa intervención de quienes habrían en definitiva de valorarla.

Parece, en este caso y quizá también de cara a otros futuros semejantes, que pudiéramos hallarnos ante una verdadera involución en la que se torna a considerar, como sucediera en etapas ya felizmente superadas, que la fase más idónea para la producción probatoria es la inquisitiva de la investigación y no la adversarial del Plenario, de acuerdo con lo que se viene exigiendo, con generalidad y reiteración, para todos los restantes supuestos.

4) Evidentemente, al aceptar esta forma de proceder, se están postergando, de igual modo a cómo ya acontece en supuestos como el presente de manera universalmente aceptada respecto de la eliminación de la publicidad del acto, las exigencias impuestas por la inmediatez que queda prácticamente excluida en lo que de experiencia viva, próxima y actual debe de tener para quien juzga, a la vez que se restringe también el tercer gran pilar de nuestro enjuiciamiento oral, es decir, la contradicción, cuando menos sin duda menguada al imposibilitar que la generación contradictoria de la prueba se lleve a cabo, inmediata y simultáneamente, ante el Tribunal.

De hecho, lo que probablemente haya de ser en un próximo futuro procesal la única solución posible para remediar el problema complejísimo de la necesidad del repetido examen de las pruebas personales por el Tribunal de Apelación, cual es el uso de las grabaciones videográficas de dichas pruebas a modo de verdadero "sucedáneo" de la inmediatez puesto aún en cuestión por muchos, aquí se llega a admitir como la fórmula adecuada para el conocimiento del resultado de esas pruebas por el propio Juzgador de instancia, ni más ni menos.

5) En definitiva, me preocupa hondamente que, con la Resolución que hoy suscribimos, se esté sentando un precedente para que, a partir de ahora, no se considere necesaria la práctica de una prueba tan capital en ningún procedimiento en el que la posible víctima fuere un menor, pues, en último caso, aunque, como aquí, no se apreciase peligros relevantes para la integridad psíquica de la declarante, siempre habrá unos padres que, informados de semejante posibilidad, manifiesten su voluntad de no colaborar con la Justicia oponiéndose a la comparecencia de sus hijos en el Juicio oral o un Instructor que, guiado de la mejor voluntad y ya sin argumentos jurídicos para negarse a ello, "preconstituya" pruebas de esta clase para "facilitar" así la posterior tarea de enjuiciamiento o evitar las correspondientes molestias procesales a la víctima.

Y, más aún, si hoy son los menores ¿por qué no hacerlo de igual modo mañana con otros denunciados adultos también expuestos por su especial vulnerabilidad a una intensa victimización procesal, sean mujeres maltratadas, víctimas de agresiones sexuales o de actos terroristas, ancianos maltratados o agredidos, etc., etc.? Como, por otro lado, están ya demandando ciertos movimientos y asociaciones de víctimas.

Con el riesgo añadido además de que si bien en esta ocasión nos encontramos al menos, como ya quedó dicho, ante la práctica de una prueba "preconstituida" de ejecución casi ejemplar, aunque se haya partido de aceptar incluso la "irregularidad" de la ausencia en ella del propio imputado ¿puede asegurarse que en el futuro se mantendrá el mismo rigor en la práctica de diligencias semejantes? ¿no estaremos, a la postre, abocándonos, a la vez que aceptamos esta forma de proceder, a futuros supuestos de degradación procesal de la actividad probatoria, con las graves consecuencias ulteriores de declaraciones de nulidad por no haberse cumplido adecuadamente por los Instructores los requisitos de un tipo de prueba, como la "preconstituida", de semejante nivel de exigencia?

Por todo ello considero que en este caso, y de manera aún más preocupante de cara al futuro, no debería aceptarse, en las circunstancias aquí concurrentes, la práctica de la prueba capital incriminatoria en la forma en que se llevó a cabo, hurtándola, a mi juicio sin suficiente justificación para ello, de las posibilidades que el principio de inmediatez pretende reservar a quienes han de soportar la responsabilidad del enjuiciamiento.

De modo que las legítimas expectativas a un "juicio justo", al que constitucionalmente tiene derecho el recurrente, en mi opinión deberían haber producido la consecuencia lógica y ejemplarizante de la necesaria repetición del acto del Juicio oral, por gravoso que ello pudiera parecer, a fin de que, en su seno y con uso de todos los mecanismos de protección de la menor disponibles, se llevase a cabo la práctica de las pruebas pertinentes, en especial la declaración incriminatoria de esa presunta víctima, de forma respetuosa con el esencial principio de inmediatez, como requisito básico para pasar a formar parte del acervo probatorio válido susceptible de la correspondiente valoración por parte del Tribunal encargado del enjuiciamiento.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, paso a continuación a transcribir en toda su extensión el texto que hubiera merecido mi apoyo como respuesta al Recurso objeto de las presentes actuaciones y que, de hecho, integraba los contenidos esenciales de la Fundamentación Jurídica de la propuesta que, como Ponente inicialmente designado en esta Causa, ofrecí en su momento a la consideración de mis compañeros de Sala para su aprobación, sin obtener como es obvio el acuerdo necesario para ello:

**PRIMERO.-** El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de un delito continuado de abusos sexuales, a las penas de ocho años de prisión, accesorias y alejamiento de la víctima por diez años, apoya su Recurso en siete diferentes motivos, de los que los cuatro primeros, por vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 24 de la Constitución Española, denuncian la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, que le amparan, al afirmar que ha resultado condenado sin la existencia de pruebas obtenidas válidamente y suficientes para sustentar dicho pronunciamiento condenatorio.

En realidad, el extremo concreto del debate, al que con tanto esmero, profundidad e indudable solvencia se refieren la elaborada Sentencia de instancia y el impecable Recurso de Casación que nos ocupan, no es otro que el de la suficiencia que, para fundamentar una conclusión condenatoria, ostenta la prueba, que la propia Audiencia denomina como "*preconstituida*", practicada por el Instructor de la causa, el día 9 de Febrero de 2007, mediante la grabación de las manifestaciones realizadas por la supuesta víctima, de cinco años y diez meses de edad en aquella fecha, a la Sra. Psicóloga designada por el Juzgado, en sesión seguida con simultaneidad, mediante el uso de una estancia dotada de espejo transparente unidireccional, por el propio Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal y los Letrados de las partes, permitiéndose a éstos indicar los extremos sobre los que consideraban de interés escuchar lo que tuviera que decir la niña, haciéndoselo así saber a la Psicóloga en las interrupciones que, a este fin, realizaba saliendo de la estancia en la que permanecía la menor.

Por lo tanto, la cuestión, en definitiva, no es sino la relativa al valor probatorio que puede otorgarse a semejante práctica, máxime cuando en el presente caso, como suele ser habitual en esta clase de enjuiciamientos, esa declaración de la supuesta víctima se erige en elemento determinante y prácticamente único para la formación de la adecuada convicción fáctica de los Juzgadores.

A tal respecto, en primer lugar y a propósito de la necesidad de la presencia del menor en el acto del Juicio ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Sala en numerosas ocasiones, sentando, con carácter general, una doctrina mayoritaria, de la que son exponente numerosas Resoluciones que abordan tal cuestión con prolija extensión y detenimiento, pero que pueden resumirse en el contenido de la STS de 14 de Marzo de 2006, que proclamaba:

*"...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."*

En el mismo sentido, también nuestra Sentencia de 14 de Septiembre de 2006, cuando en ella se afirma:

*"Esta misma Sala se ha pronunciado con rotundidad acerca de la exigencia de la presencia personal del menor víctima de delito de contenido sexual ante el Tribunal que conoce del enjuiciamiento pues, siendo su declaración la prueba capital en esta clase de procedimientos, sólo en casos verdaderamente extraordinarios puede quedar sustraído, con justificación suficiente, ese medio de acreditación al conocimiento directo e inmediato de quienes tienen, en exclusiva, la facultad de valorarlo (en este sentido, la STS de 20 de marzo de 2002, entre otras).*

*Razones de orden genérico tales como el padecimiento o la impresión que el niño o la niña, lógicamente, han de sufrir al verse sometidos a esa rememoración de lo acontecido, lamentablemente no pueden ser consideradas suficientes para excluir el contenido nuclear del derecho de defensa de quien es también acusado de tan graves conductas, consistente en disponer de la posibilidad de intentar desvirtuar esa prueba, especialmente cuando constituye el único material probatorio de cargo en el que la Acusación se apoya.*

*De hecho y por ello, el propio ordenamiento en la actualidad dispone de una serie de instrumentos para evitar, o reducir al menos, la victimización procesal del menor, instrumentos que van desde el estricto control de la práctica de la prueba, siempre con exclusión del carácter público del Juicio oral, por parte de quien preside el acto, limitando la intervención de las partes a lo estrictamente necesario, hasta la posibilidad de llevarse a cabo esa declaración sin enfrentamiento físico y visual entre declarante y acusado, incluso con el recurso a medios audiovisuales que permitan la estancia del menor en lugar distinto de donde se celebra el Juicio."*

O la anterior, de 28 de Febrero de 2000, que ya proclamaba:

*"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 prescindiera 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".*

Pero, precisamente por la preexistencia de semejante doctrina genérica y como continuidad y complemento de la misma es por lo que adquiere especial relevancia el presente procedimiento, puesto que ahora no nos hallamos, como en tantas ocasiones anteriores, frente a la mera elusión de la declaración del menor ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento mediante su sustitución por simples testimonios de referencia, generalmente de familiares, y pruebas periciales acerca de la credibilidad que ha de merecer la narración oída por aquellos a la presunta víctima, lo que ya hemos dicho que ha venido siendo reiteradamente rechazado como prueba de cargo suficiente para la condena en numerosas Sentencias precedentes (vid., además de las ya citadas, las de 20 de Marzo y 20 de Septiembre de 2002, entre muchas otras), sino que, en esta ocasión, se da la especial y novedosa circunstancia de que el Tribunal sí que pudo presenciar el relato de la niña, si bien mediante una grabación previamente realizada, ante el Juez de Instrucción y con intervención de las partes, sin quebranto inicial del principio de contradicción, pues aunque la Defensa recuerde que en aquella ocasión el propio acusado no se encontraba presente, lo cierto es que lo estaba su Letrado y ello inicialmente podría haber bastado para la diligencia sumarial, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá al respecto

El interrogante a despejar en este momento, por consiguiente, no es otro que el de si dicha prueba, realizada en la forma descrita, cumple realmente con las exigencias procesales necesarias para poder ser tenida en cuenta como material de cargo esencial para alcanzar la conclusión condenatoria, lo que, en definitiva, nos va a remitir, a su vez, a valorar como cuestión nuclear si en realidad concurrían circunstancias suficientes para afirmar, en el supuesto concreto, la imposibilidad de la declaración de la menor ante el Tribunal que habría de juzgar los hechos.

Teniendo en cuenta que la respuesta a la que lleguemos, especialmente para el caso de ser afirmativa, supondría la apertura de una nueva y original práctica en la forma de llevarse a cabo enjuiciamientos como éste, en los que figure un menor como posible víctima del delito. Lo que nos obliga, por su especial trascendencia, a un esfuerzo superior de ponderación de los diferentes e importantes intereses en juego.

**SEGUNDO.-** La Audiencia, en su razonada Resolución, comienza recordando con carácter de generalidad las facultades probatorias de las que legalmente dispone (ex art. 741 LECr), para seguidamente afirmar que, existiendo en el presente caso verdadera prueba de cargo susceptible de valoración, resulta posible y correcto, con el lógico sometimiento a las "*reglas del criterio racional*", alcanzar un pronunciamiento condenatorio con enervación del derecho a la presunción de inocencia del acusado.

Siendo, por otro lado, evidente que no es función de este Tribunal de Casación alterar ese criterio probatorio de la instancia, sustituyéndolo por una alternativa que se considere más correcta y adecuada, salvo en el supuesto, que evidentemente no es el del caso presente, de irracionalidad de los argumentos lógicos en los que se apoya la Sentencia recurrida.

Lo que nos remite, en definitiva y como ya se adelantó, a centrarnos en el examen acerca de si la prueba que fue objeto de valoración por parte de la Audiencia, cumplía realmente con los requisitos necesarios para ostentar ese valor probatorio.

En tal sentido, los Jueces "a quibus" consideran que nos hallamos ante una prueba "preconstituida" y que, por ende, podía y debía ser valorada en los propios términos en los que se produjo en la fase de Instrucción, quedando exenta de su repetición en Juicio.

Y citan, a este respecto, la interesantísima STC 303/1993 que, tras afirmar la inexcusable necesidad de que el material probatorio, para disfrutar de este carácter, haya de practicarse en el acto del Juicio oral, a presencia del Juzgador, precisa a continuación que de esta última doctrina general hay que exceptuar no obstante los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada, que también son susceptibles de ser incluidas en el material útil para fundamentar una sentencia de condena, siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: artículo 730 de la LECrim ), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para lo cual se le debe de proveer de abogado al imputado: artículos 448.1 y 333.1 ) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de los documentos requeridos por el artículo 730 ).

Que la grabación de las declaraciones de la menor, en la fase de Instrucción, se produjo con la garantía judicial, que en ella tuvieron oportunidad de intervenir las partes, y en concreto la Defensa del imputado, y que se introdujo adecuadamente en Juicio, no por una simple lectura de lo declarado sino, de modo aún más fiel y directo, mediante el visionado de su práctica, no cabe duda alguna.

Por consiguiente, como ya se adelantó, el extremo capital sobre el que se centra verdaderamente el debate, que es precisamente el que viene a justificar la posibilidad del valor probatorio de este clase de diligencias preconstituidas, no es otro que el de la imposibilidad de la reproducción de su práctica en el acto del Juicio oral.

En este sentido el artículo 448 , en relación con la declaración de los testigos, dispone lo siguiente:

*"Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446 la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste a presencia del procesado y de su Abogado defensor, y a presencia asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.*

*En la diligencia se consignarán las contestaciones a esas preguntas, y será firmada por todos los asistentes.*

*La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba."*

Y el 449:

*"En caso de inminente peligro de muerte del testigo, se procederá con toda urgencia a recibirle declaración en la forma expresada en el artículo anterior, aunque el procesado no pudiese ser asistido de Letrado."*

Pues bien, en nuestro caso, esa imposibilidad de reproducción de la prueba en el acto del Juicio oral pretende justificarla el Auto del Instructor, de fecha 23 de Enero de 2007 , por el que se dispone la práctica de la grabación de las manifestaciones efectuadas por la niña en respuesta a las preguntas que le formula la Sra. Psicóloga del Juzgado, "...ante la gravedad y las circunstancias que pudieran tener los hechos y valorando las reticencias de los padres a someter a su hija a las actuaciones procesales tendentes al esclarecimiento y posterior enjuiciamiento de los hechos, con la finalidad de simplificar y reducir las diligencias procesales" , como nos recuerda expresamente la propia Sentencia en su Fundamento Jurídico Primero.

Obviamente no nos hallamos aquí ante ninguna de las hipótesis por las que el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal antes transcrito, y menos aún el 449 , autoriza la preconstitución de la prueba testifical,

ni tan siquiera ese temor ante la actitud de los padres, en su día reticentes a la denuncia de los hechos, que no ha llegado en ningún momento a consumarse impidiendo la declaración en Juicio de su hija, puede calificarse como imposibilidad comprobada de práctica regular de la prueba.

Mientras que la mención última de la Resolución del Instructor a ese *„simplificar y reducir las diligencias procesales...“* obviamente no puede constituir argumento suficiente de clase alguna para excluir la posibilidad de la práctica en el acto del Juicio de la prueba más determinante para el enjuiciamiento.

Por otra parte, para los trámites del Procedimiento Abreviado, también el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desde la reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de Octubre, establece, en su apartado 2, que:

*“Cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.”*

Pero ello no significa, desde una interpretación respetuosa y coherente con la trascendencia que ha de otorgarse al momento del Plenario, que quede relevado el Tribunal de intentar, al menos, que la prueba se practique ante él, con la necesaria intermediación, una vez que el Instructor decidió preconstituir la prueba, sino que el precepto tan sólo contiene un "criterio de prudencia" para evitar, en último extremo, que se produzca una importante carencia probatoria por el acaecimiento sobrevenido de previsibles impedimentos para su práctica.

Es decir, semejante norma, caso de considerarla de aplicación extensible a los trámites de un procedimiento ordinario como el presente (Sumario nº 3/2007 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Pamplona), todo lo más tan sólo podría servir de fundada cobertura a la decisión adoptada por el Instructor, en orden a "salvaguardar" la prueba de referencia frente a futuras eventualidades y, en este sentido, tal iniciativa deberíamos tenerla por adecuada y correcta, pero sin que ello suponga en modo alguno exonerar al Juzgador del análisis y comprobación de que los inicialmente temidos riesgos de imposibilidad de la práctica regular de la prueba, que en su día motivaron la cautelosa decisión del Instructor, realmente existan al tiempo de la celebración del Juicio oral y son de entidad suficiente para justificar el importante sacrificio que, para las garantías del enjuiciamiento, supone la exclusión del desahogo en Juicio de aquel medio probatorio.

No obstante, la Audiencia también va más allá en su argumentar aludiendo, a continuación, a disposiciones, internas (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 sobre protección jurídica del menor) y supranacionales (art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de Noviembre de 1989), de indudable y, por supuesto, loable finalidad protectora del menor, para reforzar la corrección, "utilidad" y, en definitiva, eficacia procesal del mecanismo probatorio seguido en esta ocasión, en aras a limitar la "victimización procesal" de esta clase de víctimas.

Concluyendo, en definitiva, que *"Nada hay que objetar por tanto, a la consideración como prueba preconstituida de la exploración judicial de la niña en cuestión a los efectos de su consideración como prueba de cargo."*

Mas no hay que olvidar al respecto, volviendo a las razones de fondo sobre las que se asienta nuestra reiterada doctrina ya expuesta en el anterior Fundamento Jurídico, el otro término de los intereses en presencia a valorar en un supuesto como el presente, que no es sino el recíproco y obligado respeto a los derechos del acusado y, en concreto, a su derecho a ser sometido a un juicio justo, con todas las garantías

Decíamos en este sentido ya en nuestra Sentencia de 20 de Septiembre de 2002 (en la misma línea de la de 20 de Marzo de ese mismo año) que:

*"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 intermediación 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."*

En efecto, la posibilidad de la práctica de la actividad probatoria, en su plenitud, ante quienes han de decidir sobre extremo de semejante gravedad cual la autoría de hechos tan seriamente reprobables como aquellos a los que venimos refiriéndonos, es garantía esencial del acusado que salvo en supuestos excepcionales, suficientemente acreditados y con las consecuencias correspondientes, en modo alguno puede obviarse.

Así, en un supuesto en el que efectivamente resultó pericialmente acreditada la lesiva trascendencia que para la salud mental de la víctima menor del delito habría de ocasionarle no ya el hecho de la nueva declaración sino incluso la mera rememoración de lo por él sufrido, tal constatación nos llevó a afirmar (STS de 14 de Septiembre de 2006 , ya citada) que:

*"... tras examinar las circunstancias que concurrían en las presentes actuaciones, así como las razones que ofrece la Resolución de instancia en sustento de la decisión acerca de la incomparecencia de la menor, lo cierto es que, más allá del hecho procesal de que no conste protesta alguna del Letrado Defensor cuando se acordó la exclusión de dicha prueba en el acto del Juicio oral, tal omisión ha de considerarse, en este caso, plenamente fundada.*

*De una parte, la "posibilidad" de realización de la diligencia probatoria se ve aquí claramente comprometida, cuando no nos hallamos, como ya antes se dijo, ante una genérica apelación a eventuales perjuicios que la presencia del declarante ante el Tribunal pudiera sufrir, sino frente a una niña que ya ha padecido graves consecuencias psicológicas, objetivamente necesitadas de tratamiento médico, como consecuencia de los hechos enjuiciados.*

*La "posibilidad" de tal prueba, por tanto, se ve seriamente comprometida, ya que no sólo ha de considerarse como "imposible" la que física o materialmente no puede, en manera alguna, realizarse sino también aquella cuya realización suponga un sacrificio tal para los diversos intereses concurrentes que, de una ponderada aplicación de criterios de proporcionalidad, se derive la inconveniencia absoluta de su práctica.*

*A este respecto de la efectiva "posibilidad" de realización de la prueba, no debe además olvidarse que las psicólogas que informaron como peritos ante el Tribunal de instancia, manifestaron su opinión de que era de prever que la niña no fuese capaz de facilitar información sobre lo acontecido, por considerar que se produciría en ella un "bloqueo" que le impediría expresarse.*

*Aún así, si toda la fuerza incriminatoria de la Acusación pivotase, exclusivamente, sobre la declaración de la menor, nos hallaríamos quizá ante una imposibilidad de práctica de la prueba, que impide la obtención del material necesario para alcanzar la convicción probatoria y que, por consiguiente, conduce, junto a la justificada ausencia de práctica de aquella, a la absolución del acusado."*

Pero es que, en este caso que ahora nos ocupa no sólo no existe acreditación alguna de que la rememoración de lo ocurrido pudiera suponerle a la menor un perjuicio para su salud psíquica tan grave que justificase suficientemente y aún a riesgo de producir con ello un vacío probatorio insalvable, su incomparecencia en Juicio, pues evidente resultaría en ese supuesto y conforme lo ya dicho, que la salud del menor ha de prevalecer en todo caso y sobre cualesquiera otras consideraciones, sino que, antes al contrario, aquí los peritos han afirmado concluyentemente que la menor relataba los hechos y respondía a las preguntas sin muestras de afectación emocional, porque no los vivenciaba como negativos ya que no tiene conciencia sobre el significado y connotación sexual de los mismos, por lo que tampoco se detectaban secuelas significativas asociadas a los hechos.

**TERCERO.-** Comprobada, por tanto, la inexistencia de suficiente fundamento para la aplicación del régimen de la *"prueba preconstituida"* a la especial declaración sumarial prestada en estas actuaciones por la menor, ya que no se aprecia la presencia de razones suficientes para la imposibilidad de su práctica en Juicio, ha de concluirse en que la garantía directa e injustificadamente afectada con la decisión y modo de proceder de la Audiencia en este caso no fue otra que la del cumplimiento del principio de inmediación en relación con el derecho de defensa y dentro de las garantías propias del derecho a un "juicio justo", que consagra nuestra Constitución, fuertemente vinculados también al principio de contradicción, rector igualmente de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, que lógicamente ha de encontrar su máxima expresión al hacerse patente la intervención contradictoria de las partes, de modo directo, ante el propio Juzgador.

Máxime cuando la propia Resolución recurrida, después de afirmar que basa su decisión "...en la totalidad de pruebas que hemos podido tomar en consideración...", tales como el interrogatorio del acusado, los padres y la tía de la niña, esposa del acusado, y las pericias, acaba concluyendo en que "...constituye un elemento probatorio nuclear, en este caso, la declaración de la víctima, la cual con arreglo a una muy reiterada doctrina jurisprudencial puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas".

Lo que, por otra parte, encuentra su correlato, de nuevo, en las Sentencias de esta Sala de 20 de Marzo y 20 de Septiembre de 2002 , en las que se lee:

" No debemos de olvidar 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 exculpatoria 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 incriminatorio, 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."

Porque, o se afirma sin fisuras la utilidad y trascendencia real y efectiva de esa "intermediación", consistente en la importancia de la percepción por el Juzgador de los resultados de la prueba por su directa y coetánea vinculación a la práctica contradictoria de ésta, o difícilmente puede sostenerse su exigencia como uno de los principios rectores de nuestro enjuiciamiento penal para la generalidad de los supuestos.

Y es que el propio Legislador, precisamente desde los mismos textos inspirados en una indudable preocupación victimológica hacia el menor a los que se refiere la recurrida, lejos de excluir el estricto cumplimiento de este principio rector, dirige sus esfuerzos a compaginar en estos supuestos ciertos instrumentos de protección de los testigos con el respeto a las exigencias derivadas de aquella necesidad de intermediación, como cuando, al margen de excluir o limitar la práctica de careos con menores (arts. 455 y 713 LECr ), el párrafo segundo del artículo 707 de la Ley Procesal dispone que:

"La declaración de los testigos menores de edad, se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba".

Herramienta que, evidentemente, debe ser no sólo tenida en cuenta, sino utilizada habitualmente en esta clase de declaraciones testificales, pero siempre procurando que, con ello, no se excluya el protagonismo que en su práctica corresponde también al Juzgador y a los derechos y garantías de las partes personadas y presentes en el Juicio oral, en especial al propio acusado.

En sentido semejante al que se pronuncia la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, en su STJCE 2005/184 ("caso Pupino") en la que si bien se afirma, interpretando la normativa de la Unión al respecto, que...

"A la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco (LCEur 2001\1024 ) 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. El órgano jurisdiccional nacional 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 de dicha Decisión marco",

...considera así mismo que:

*"A este respecto, cabe puntualizar que, según el artículo 8, apartado 4, de la Decisión marco (LCEur 2001\1024), las condiciones en que se preste la declaración deben ser compatibles, en cualquier caso, con los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro de que se trate",*

...pues:

*"...la Decisión marco (LCEur 2001\1024) debe interpretarse de modo que se respeten los derechos fundamentales, de entre los que es preciso destacar, en particular, el derecho a un proceso equitativo, tal y como se recoge en el artículo 6 del Convenio (RCL 1999\1190, 1572) y se interpreta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos".*

De hecho, hemos de convenir en que puede resultar realmente adecuada, en procedimientos con el contenido del presente y siempre que se garantice debidamente por imperativo del principio de contradicción esa intervención de las partes en la formulación de los interrogantes que se planteen a la menor declarante, considerar la práctica generalizada de diligencias en la forma en la que llevó a cabo el Instructor en esta oportunidad la testifical de la niña, máxime cuando incluso habrá de resultar en muchas ocasiones de gran interés el contenido de esa declaración para su contraste con lo que posteriormente pudiera manifestar el testigo en el Juicio, teniendo en cuenta la volatilidad y peligro de contaminación ulterior que con tanta frecuencia y de manera especial sufren los testimonios de los menores, así como para prevenir, en efecto, la sustitución de la prueba del Juicio oral, mediante el instrumento de la prueba de carácter "preconstituido", si bien sólo de manera excepcional y cuando realmente concurren los requisitos exigidos para ello y la declaración en juicio deviniera con posterioridad imposible de llevarse a cabo.

Pero sin que todo ello en ningún caso justifique el que pueda sostenerse la virtualidad como prueba preconstituida de la referida diligencia probatoria, por la corrección en la ejecución y bienintencionada finalidad de su práctica, cuando, de otro lado, no existía tampoco razón alguna para no haberse llevado a cabo esa misma declaración ante el Tribunal en el acto del Plenario o, en su caso, como prueba anticipada, con todas las prevenciones legal y técnicamente hoy posibles, de las que tan buena muestra dio el Instructor en aquella práctica de la diligencia sumarial.

Toda vez que, en definitiva, otro tanto podría haberse hecho respecto de la declaración de la menor ante el Tribunal de la Audiencia, antes o durante el transcurso del Juicio Oral, existiendo como existen, en la actualidad, medios tecnológicos como los utilizados por el Instructor, que permiten llegar a un razonable punto de equilibrio entre la necesidad probatoria de la inmediatez, el derecho de las partes al Juicio contradictorio con todas las garantías y la protección psicológica de la víctima.

Pues, como se razonaba en nuestra Sentencia de 20 de Septiembre de 2002 ante las circunstancias del supuesto que allí se planteaba, en definitiva también sorprende en ocasiones *"... 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 tamaña 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."*

**CUARTO.-** Por otro lado, el Tribunal de instancia también afirma que la contradicción se respetó de modo pleno, puesto que la grabación fue visionada en Juicio y contradictoriamente valorada, pero con ello ignora que, si bien la prueba documental se somete a la suficiente contradicción con su examen en Juicio y la formulación por las partes de sus respectivas consideraciones al respecto, en este caso, aún cuando "documentada" mediante grabación videográfica, estamos hablando de una prueba de carácter personal, cual la declaración del testigo que, para ser plenamente contradictoria, requiere previamente la posibilidad de interrogatorio (si bien en casos como el presente mediante las especialidades de la denominada "exploración del menor"), que en esta ocasión no pudo, obviamente, llevarse a cabo ante el Tribunal.

Teniendo además en cuenta que, como antes se adelantó, el acusado estuvo presente sólo en el acto del Juicio, y aunque, como ya también dijimos, pudiera sostenerse que la contradicción se respetaba inicialmente en la diligencia de Instrucción con la sola presencia de su defensor, evidentemente no se pudo dar cabal cumplimiento a dicho principio esencial ni al pleno ejercicio del derecho de defensa respecto del mismo

acusado, en ese acto fundamental del Plenario en el que, estando él presente, no lo estaba sin embargo la testigo.

Pues como nos recuerda la STS de 28 de Noviembre de 2007 :

*"El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido en la STEDH de 14 diciembre 1999 , Caso A.M. contra Italia, que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio, y que, aunque tal principio tiene excepciones, "sólo podrían ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa; por regla general, los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y hacer interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (Sentencias Van Mechelen y otros, citada, pg. 711, ap. 51 y Lüdi contra Suiza de 15 junio 1992, serie A núm. 238, pg. 21, ap. 49). En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de la instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (ver las Sentencias Van Mechelen y otros citada, pg. 712, ap. 55; Saïdi contra Francia de 20 septiembre 1993, serie A núm. 261-C, pgs. 56-57, aps. 43-44; Unterpertinger contra Austria de 24 noviembre 1986, serie A núm. 110, pgs. 14-15, aps. 31-33)". Y posteriormente, ha señalado (STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40), que «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario»*

*El Tribunal Constitucional se ha manifestado en el mismo sentido, atribuyendo al principio de contradicción el carácter de regla esencial del desarrollo del proceso (STC 155/2002, de 22 de julio ), reconociendo la necesaria vigencia del derecho del acusado a su efectividad, si bien ha precisado que "conforme a las exigencias dimanantes del art. 24.2 CE , interpretado conforme al art. 6.3 d) CEDH , el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface **dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso** (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger c. Austria, § 31; de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovsky c. Holanda, § 41; de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, § 26; de 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, § 34; de 20 de septiembre de 1993, caso Saïdi c. Francia, § 43; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso Luca c. Italia, § 40). (STC núm. 57/2002, de 11 de marzo ).*

*No obstante, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se encuentran algunas precisiones, recogidas entre otras en la STC 1/2006 . En primer lugar, se dice que no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial inculpatória "pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. **«Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial»** (SSTC 155/2002, de 22 de julio, F. 10; y 206/2003, de 1 de diciembre, F. 2 ). En definitiva, **no existe vulneración del principio de contradicción cuando, «aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa** » (STC 187/2003, de 27 de octubre, F. 4 )", (STC 1/2006 )."*

**QUINTO.-** Podríamos, en definitiva, concluir, con carácter general y resumiendo lo dicho hasta aquí, a partir de nuestros genéricos precedentes doctrinales en esta materia, que:

a) La declaración como testigos de los menores, posibles víctimas de delitos, no debe apartarse de las reglas, garantías y principios básicos de la práctica probatoria general, en concreto de la necesidad, siempre que fuere posible, de su comparecencia en el Juicio oral, declarando allí con estricto cumplimiento de los principios rectores de contradicción e intermediación.

b) No obstante, en dicha práctica habrán de adoptarse todas las medidas posibles, en línea con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , para la adecuada protección del declarante, evitándole o reduciendo, en la medida de lo posible, los efectos de la "victimización procesal", con empleo incluso de herramientas audiovisuales adecuadas y la práctica de la prueba en forma anticipada, si ello fuera preciso, pero siempre a presencia del Tribunal encargado del enjuiciamiento.

c) Sólo cuando aparezcan circunstancias excepcionales, debidamente acreditadas y, en especial, cuando se evidencie, como consecuencia de la rememoración de los hechos enjuiciados, un concreto peligro grave

para la salud psíquica del menor, prevalecerá este interés sobre la exigencia procesal de la declaración en el Juicio.

d) De concurrir la anterior u otras causas de imposibilidad sobrevenida para la prestación del testimonio en el Plenario y ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento, podrán ostentar el valor de pruebas "preconstituidas" las declaraciones llevadas a cabo con anterioridad y sujeción a lo dispuesto en los artículos 448, 449 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que serán introducidas en el acervo probatorio mediante las previsiones establecidas al respecto en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Lo que, en definitiva y a pesar de los indeseables inconvenientes que las consecuencias de una decisión como ésta generalmente acarrearán, nos lleva a no poder aprobar una práctica como la que aquí hemos analizado que, de consagrarse y extenderse, llegaría a suponer una grave excepción al pleno ejercicio del derecho de defensa del acusado así como al principio de inmediación, rector de nuestro procedimiento penal, sin el correspondiente sustento legal ni doctrinal.

**SEXTO.-** En consecuencia, y sin necesidad de entrar en el análisis de los restantes motivos, procede la estimación parcial del Recurso interpuesto por el condenado en la instancia, en lo que a la denuncia de vulneración de su derecho fundamental a un juicio con garantías se refiere, debiéndose declarar, para la adecuada subsanación de dicha infracción, la nulidad del Juicio celebrado por la Audiencia en las presentes actuaciones y ordenando la repetición de dicho acto dando lugar a una nueva celebración, en la que, de acuerdo con lo anteriormente dicho, se proceda por el Tribunal que haya de celebrarlo, además de a la práctica de las restantes pruebas declaradas pertinentes, a tomar declaración a la menor, supuesta víctima de los hechos enjuiciados, si no surgiera una verdadera causa de imposibilidad sobrevenida para ello, adoptándose a tal fin cuantas medidas considere dicho Tribunal convenientes, dentro de las previsiones legales y posibilidades técnicas, para la más completa y eficaz protección de dicha menor, con estricto respeto a los principios de inmediación y contradicción, así como al derecho de defensa de las partes personadas.

**SÉPTIMO.-** A la vista del contenido estimatorio de la presente Sentencia, deben ser declaradas de oficio las costas ocasionadas por este Recurso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En Madrid, a 10 de marzo de 2009.

José Manuel Maza Martín

Voto Particular

#### **VOTO PARTICULAR CONCURRENTE**

#### **QUE FORMULA EL MAGISTRADO FRANCISCO MONTERDE FERRER**

#### **EN LA SENTENCIA 96/2009, DE 10 DE MARZO**

I.- Con los mayores respetos para el parecer mayoritario de los miembros de este Tribunal, reflejado en la sentencia de referencia -con el que coincido esencialmente-, he de manifestar mi discrepancia puntual en cuanto a que no se resalta, de modo suficiente a mi entender, que la *doctrina general*, a efectos de práctica de prueba testifical en el juicio oral, sigue siendo la de su desarrollo presencial ante el órgano encargado del enjuiciamiento, garantizando una inmediación directa y completa por parte de sus miembros. Y ello, aunque el testigo o víctima fuere un menor y hubiere depuesto ante el Juez de Instrucción.

Ciertamente, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que 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", disponiendo 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".

Por su parte, 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".

Y ello no obstante, considero que debe descartarse, en todo caso, que al amparo de aquella normativa tuitiva pueda entenderse 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 o puede llevar 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.

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, 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 inculpado, 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".

**II.-** Por todo ello considero que ha de ponerse el acento en que, con la misma habilidad, cautelas y medios con los que pueda llevarse a cabo la exploración-entrevista en la fase de instrucción como prueba anticipada, puede y debe realizarse la prueba **ante el Tribunal de instancia**, conforme a las previsiones de los arts. 325 LECr., 707 LECr. y 229 LOPJ, evitándose, naturalmente, la victimación secundaria o revictimación del compareciente.

**III.-** Igualmente entiendo que **sólo**, **excepcionalmente**, cuando se den las circunstancias (concurrentes, por cierto, **en nuestro caso**) de acentuada minoría de edad del testigo-víctima, comprobación por el propio Tribunal (con los asesoramientos pertinentes en su caso) de la realidad y *corrección técnica* de la exploración y de su grabación en soporte audiovisual, fácilmente reproducible en la vista, y de que se han salvaguardado los principios de inmediación, contradicción y defensa, **podrá** tenerse la exploración por realizada, y surtir los efectos probatorios que correspondan, sin necesidad de su repetición en el juicio oral (En este sentido vide nuestra STS de 14-3-2006, nº 332/2006).



Debe tenerse en cuenta que la propia interpretación que realiza el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su sentencia de 16 de junio de 2005 "Caso Pupino", sobre los arts. 2, 3 y 8 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, si recomienda la declaración de los niños " *fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta* ", *de ningún modo excluye* la realización de aquélla con la intervención de los magistrados encargados del enjuiciamiento en la fase de juicio oral.

**IV.-** Por lo demás, reitero mi coincidencia con los razonamientos y fallo de la sentencia de esta Sala nº 96-2009, de 10 de marzo .

En Madrid, a 10 de marzo de 2009.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ