



Roj: **STS 13/2023 - ECLI:ES:TS:2023:13**

Id Cendoj: **28079120012023100003**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/01/2023**

Nº de Recurso: **4825/2020**

Nº de Resolución: **1011/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1.011/2022

Fecha de sentencia: 12/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4825/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/12/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4825/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1011/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 12 de enero de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4825/2020 interpuesto por la **acusación particular Irene** representada por la Procuradora Sra. D^a. María del Pilar Huerta Camarero y bajo la dirección letrada de D. Santiago Cetina Ibáñez y por **Marino** representado por el Procurador Sr. D. Rubén Llorente Amor y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Cosme Fernández contra la sentencia nº 213/2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 21 de julio de 2020, resolviendo en grado de apelación la causa seguida contra Marino por delito de abusos sexuales a menores en la Sección 23^a de la Audiencia Provincial de Madrid, y proveniente del Juzgado de Instrucción nº 16 de Madrid (Procedimiento Abreviado nº 331/19). Ha sido parte recurrida Nicanor y Juliana representados por el procurador D. Alberto García Barrenechea y bajo la dirección letrada de D. Alexandre Solsona Molons. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23^a) Procedimiento Abreviado con el nº 331/2019 procedente del Juzgado de Instrucción nº 16 de Madrid se dictó Sentencia, con fecha 7 de febrero de 2020 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"PRIMERO. Sobre las 15.00 h. del 17 de enero de 2017, el menor Segundo, de 15 años de edad en cuanto nacido el NUM000 de 2002, que cursaba estudios de la Educación Secundaria Obligatoria en el Colegio de Huérfanos de DIRECCION000, acudió al despacho del acusado Marino, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien trabajaba como profesor en dicho centro educativo y había sido profesor de Segundo en cuarto curso de primaria. Una vez allí, iniciaron una conversación sobre los exámenes que tenía que realizar Segundo, advirtiéndole el acusado que hablaría con su madre si su rendimiento académico era deficiente. A continuación, el acusado se dirigió al sofá en el que estaba sentado Segundo, se sentó a su lado y le propuso jugar a un juego consistente en que le hiciese lo que el acusado le iba a hacer. Seguidamente, el acusado actuando con intención libidinosa, colocó su mano en la pierna de Segundo a la altura del muslo, la subió hacia la ingle, el vientre y, finalmente, la introdujo entre el pantalón y la ropa interior tocándole los genitales durante unos segundos hasta que Segundo reaccionó levantándose del sofá manifestándole que tenía que marcharse, respondiendo el acusado que no dijese nada porque era un secreto y podían tener problemas.

A consecuencia de dichos hechos, Segundo evidenció en los días posteriores sintomatología ansiosa, alteraciones en el sueño y sentimiento de vergüenza y culpa que remitieron dos meses después tras terapia psicológica y sin necesidad de medicación.

El acusado fue contratado con carácter indefinido el 23 de diciembre de 1994 como personal laboral del Ministerio de Defensa en la categoría de titulado medio de actividades específicas, ejerciendo su trabajo en el Colegio de Huérfanos de DIRECCION000.

SEGUNDO. Durante el lapso temporal que se extiende desde el inicio del curso escolar 2016/2017 hasta que dejó de trabajar en el Colegio de Huérfanos de DIRECCION000 el 18 de enero de 2017, no ha quedado acreditado que el acusado llevase al cuarto de baño al menor Ángel Jesús, de 3 años de edad en tanto nacido el NUM001 de 2013 y, una vez allí le bajase los pantalones y le dijese que se tocase el pene y lo agitase con movimientos rítmicos, procediendo de tal forma el menor, mientras el acusado le mirase, así como tampoco que el acusado mostrase su pene al menor diciéndole que era un juego y que si se lo contaba a sus padres sería un chivato o un bebé al que iba a llevar a la cuna".

SEGUNDO.- La parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

"DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Marino como autor penalmente responsable de UN DELITO DE ABUSOS SEXUALES previsto y penado en el artículo 183.1 del Código Penal, anteriormente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las siguientes penas:

A) DOS AÑOS DE PRISIÓN.

B) INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, PROHIBICIÓN DE ACERCARSE A MENOS DE 300 METROS A Segundo, A SU DOMICILIO, CENTRO ESCOLAR O CUALQUIER OTRO EN EL QUE SE ENCUENTRE O FRECUENTE Y COMUNICARSE CON ÉL POR CUALQUIER MEDIO DURANTE 3 AÑOS.

C) INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA CUALQUIER PROFESIÓN U OFICIO, SEA O NO RETRIBUIDO QUE CONLLEVE CONTACTO REGULAR Y DIRECTO CON MENORES DE EDAD POR UN TIEMPO SUPERIOR DE 3 AÑOS AL DE LA PENA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD IMPUESTA.



SE ACUERDA asimismo la IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA CON UNA DURACIÓN DE 5 AÑOS, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad

En concepto de responsabilidad civil, se condena a Marino a indemnizar al menor Segundo, en la persona de su representante legal, en la cantidad de 2.000 euros, con aplicación del interés legal previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para el cumplimiento de la pena principal y, en su caso, de la responsabilidad personal subsidiaria, se abonará todo el tiempo de privación de libertad sufrido durante la tramitación de esta causa, si no se hubiera aplicado a otra.

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Marino DEL DELITO CONTINUADO DE ABUSOS SEXUALES por el que ha sido acusado en este procedimiento.

Todo ello con expresa imposición del pago de la mitad de las costas procesales, así como las de la acusación particular ejercida por Juliana y Nicanor, declarándose de oficio la otra mitad y las de la acusación particular ejercida por Irene.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación, del que conocerá la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y que deberá ser interpuesto ante esta Audiencia en el plazo de diez días hábiles a contar desde el día de su notificación".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por el condenado y la acusación particular Marino, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó Sentencia con fecha 21 de julio de 2020 que, aceptando los Hechos Probados de la Sentencia de instancia, contiene la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Marino y Irene contra la sentencia de fecha 7 de febrero de 2020, dictada por la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento abreviado no 518/2019, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, y declaramos de oficio las costas de esta alzada.

Contra la resolución que se notifica cabe recurso de casación que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar (arts. 855 y 856 LECr)".

QUINTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el condenado y la acusación particular que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los siguientes motivos:

Motivos aducidos por Irene.

Motivo primero.- Al amparo del art. 849.2º de la LECrim por error en la apreciación de la prueba. **Motivo segundo.-** Al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba. **Motivo tercero.-** Al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba. **Motivo cuarto.-** Al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba. **Motivo quinto.-** Al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba.

Motivos aducidos por Marino.

Motivo primero.- Por infracción de ley y precepto constitucional al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 183.1 CP. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley y precepto constitucional al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación arts. 109 y 115 CP. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley y precepto constitucional al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la valoración de la prueba. **Motivo cuarto.-** Al amparo del art. 852 de la LECrim en relación con el 5.4 de la LOPJ, o bien de forma incorrecta, al amparo del art. 849.1º de la LECr, y bajo denuncia de infracción del art. 183.1 del CP, ambos motivos invocan el derecho a la presunción de inocencia que consagra el art. 24 de la CE. **Motivo quinto.-** Al amparo del art. 851, sin mención del ordinal, o inciso del mismo a que se acoge, denuncia contradicción en el relato fáctico, relevante para la motivación y ausencia de arbitrariedad del fallo.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos, impugnando todos sus motivos. La representación letal de la parte recurrida Nicanor y de DÑA. Juliana igualmente lo impugnó. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera. MIRAR CONTESTACIONES



SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para Fallo se llevaron a cabo la deliberación y votación el día 21 de diciembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A).- Recurso de Irene .

PRIMERO.- El acusado ha sido absuelto de uno de los delitos por los que venía acusado. Se le imputaba la práctica de conductas sexuales con un menor. La madre, constituida como acusación particular en representación del mismo, impugna ese pronunciamiento que quiere dejar sin efecto articulando cinco motivos de casación. Todos buscan estérilmente cobijo en el art. 849.2º LECrim. Ese denominador común permite su tratamiento conjunto. Merecen igual respuesta - desestimación- por idénticas razones -se apartan de la disciplina del art. 849.2º. Ninguno de los cinco documentos designados para fundar los correspondientes motivos reúne las características requeridas para sustentar un razonamiento acorde con la causal por *error facti* que consagra el citado precepto procesal. Y el desarrollo argumental respectivo, como lógica consecuencia, discurre por sendas ajenas a las premisas que rigen esa angosta senda casacional.

El uso -¡abusol!- del art. 849.2 LECrim es tan frecuente, como infrecuente su manejo correcto (SSTS 368/2018, de 18 de julio o 580/2022, de 9 de junio) pocas veces factible (exige que un órgano judicial colegiado haya hecho caso omiso a un documento indiscutible). En el caso de sentencias absolutorias por razones probatorias -*in dubio*- se hace aún más arduo -si no imposible- armonizar ese cauce casacional con la doctrina constitucional -estrictamente legal desde la reforma de 2015- que limita las posibilidades de revisión *contra reo* de pronunciamientos fácticos en recursos devolutivos.

El art. 849.2º LECrim se caracteriza por una rígida disciplina procesal que contrasta con su amplísima y aparentemente ambiciosa etiqueta definidora -*error en la valoración de la prueba*-, si se la disocia del conjunto de requisitos legales que la acompañan -el error ha de basarse en prueba documental no contradictoria con otros elementos probatorios-, y jurisprudenciales -el documento ha de ser literosuficiente, esto es, que evidencia por sí mismo sin necesidad de razonamiento o deducción ulterior alguna, lo que se quiere probar-.

Esos condicionantes, tantas veces ignorados en los recursos, incorporan los componentes que concilian la posibilidad de modificación de valoraciones fácticas que encierra esta causal con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y el respeto al principio de inmediación que inspira nuestra normativa (STS 592/2021, de 2 de julio).

El art. 849.2 LECrim habilita excepcionalmente al Tribunal de casación para revisar la valoración probatoria realizada por la Sala de instancia sustituyéndola por la operada directamente por él. El respeto al principio de inmediación impone, empero, dos severas restricciones:

a) Solo respecto de la prueba documental la posición de un Tribunal de casación es idéntica a la del Tribunal de instancia en orden a la inmediación. Esa equiparabilidad permitió incrustar esta puerta casacional - *error facti*- ausente en la originaria casación. No se traiciona la inmediación, encumbrada como principio estructural en el modelo de nuestra Ley Procesal. El documento está ahí: puede ser percibido en iguales condiciones por ambos órganos jurisdiccionales, el de instancia y el de casación. No padece la inmediación.

b) Esa idea rectora -inmediación- aboca, no obstante, a una significativa limitación que restringe enormemente la operatividad de la norma: lo que se pretende acreditar con el documento no puede estar contradicho por otros elementos de prueba. Es coherente el correctivo: si otros medios de prueba de carácter personal desmienten lo que se deduce del documento, respecto de ellos el Tribunal de casación no goza de inmediación. Por tanto, en la concepción de nuestra legislación procesal, está incapacitado para sopesar la fuerza probatoria del documento en contraste con esas otras fuentes probatorias que no percibe con inmediación.

c) En el caso de sentencias absolutorias, además, el supuesto error en la valoración de un documento no puede conducir directamente a una condena *ex novo* a raíz de la estimación del motivo; sino a la nulidad de la sentencia para nueva sentencia (o, en su caso, nuevo enjuiciamiento). El recurso ahora analizado es respetuoso con esta singularidad: no se reclama una condena, sino la anulación de la absolución utilizando como referencia legal, inexistente en la casación, un precepto pensado para la apelación, el art. 790.2 LECrim en la redacción surgida de la reforma procesal de 2015.

Este recurso constituye otro ejemplo de esa muy frecuente desfiguración de la arquitectura del precepto. Lo argumenta el Fiscal con lujo de citas jurisprudenciales. No se acude a documentos literosuficientes que evidencian la equivocación de la Sala de instancia; sino a elementos documentales (no todos estrictamente tales) que, abonando la tesis de la acusación (el recurrido abusó sexualmente del menor), están muy lejos de acreditarla, que es lo que reclamaría para triunfar un motivo basado en el art. 849.2º.



Es más, con independencia de lo que puedan demostrar los documentos, siempre militaría en contra de la tesis acusatoria una prueba de tipo personal: el acusado ha negado los hechos. Esa simple constatación hace descarrilar la prosperabilidad de un motivo ex art. 849.2º LECrim. Es la consecuencia de ese requisito negativo plasmado expresamente en la norma: que no concurren pruebas personales que contradigan lo que quiere derivarse de los documentos.

Pero es que, además, ninguno de los elementos invocados reúne las condiciones necesarias para servir de soporte al tipo de razonamiento exigido por el art. 849.2º:

a) El atestado policial (motivo primero) solo demuestra que se denunció lo que se denunció; no -valga el juego de palabras- que lo que se denunció (informaciones facilitadas por la denunciante acerca de las actitudes y palabras del menor e inferencia deductiva que extrajo de ese comportamiento) sea cierto o se ajuste a la realidad. La sentencia no niega que se denunciase justamente eso; ni niega la realidad de la denuncia; ni que la denunciante volcase sus deducciones. Se limita a expresar que el conjunto del material probatorio ha sido insuficiente para provocar su convicción plena sobre la realidad de los hechos y justifica por qué subsisten dudas. No hay contradicción entre esas dudas y lo que acredita el atestado, que solo es documento en cuanto a la realidad de lo que plasma objetivamente, no en cuanto a la realidad de las manifestaciones recogidas en él, manifestaciones que no constituyen prueba documental sino prueba personal documentada.

b) Tampoco el informe de la psicóloga sobre el menor (motivo segundo) demuestra por sí mismo ni la realidad de los abusos, ni su autoría. Es sugestivo de ello. Pero la Audiencia no lo desprecia ni lo contradice. Se limita, después de valorarlo en conjunción con el resto de la prueba, a concluir que queda un espacio para la incertidumbre alimentada por razones que no oculta. Las exterioriza. En ese trance la única salida procesal admisible es la absolución en aplicación del principio *in dubio*.

c) El informe pediátrico (motivo tercero) solo demuestra que el menor pudo ser víctima de abusos sexuales; no que lo fuese efectivamente; ni, menos aún, que sean atribuibles al acusado de forma indubitada. Un informe pericial, por otra parte, solo en determinadas circunstancias puede servir de documento a los efectos del art. 849.2º LECrim. Nunca lo será un informe que no es concluyente sino que se limita a reflejar una hipótesis no descartable, contradicha por otros elementos de prueba.

d) El mismo razonamiento cabe proyectar respecto del informe de la prestigiosa psicóloga forense. Carece de autarquía demostrativa. La Audiencia, por lo demás, no se aparta de sus conclusiones: pudieron existir abusos sexuales. El informe no dice que los hubiese; ni, menos aún, los acredita por sí.

e) Por fin, la asistencia psicológica al menor y la asunción de esos gastos por el centro escolar es una realidad que la Audiencia no solo no discute sino que da por acreditada. Ninguna contradicción existe entre ese oficio de la dirección del centro y los hechos probados -y no probados- de la sentencia

Tampoco reformateando los motivos para examinarlos desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 852 LECrim y 24.1 CE) en su vertiente de exigencia constitucional de que una resolución judicial no sea arbitraria, ilógica, o ajena e impermeable a elementales máximas de experiencia, el motivo tendría éxito. Las dudas mostradas por la Sala de instancia que le han conducido a la absolución por esos hechos no se pueden tildar de extravagantes o incomprensibles o disparatadas o descabelladas o inmotivadas. Pueden compartirse más o menos. Pero no constituyen una respuesta infundada. La tutela judicial efectiva reclama una respuesta fundada y razonable; no la respuesta que uno deseaba o la única que la parte considera acertada.

B).- Recurso de Marino

SEGUNDO.- Reordenamos los motivos articulados por este recurrente acogiendo el propuesto en sus impugnaciones tanto por la acusación particular como por el Ministerio Fiscal. De acuerdo igualmente con ambas partes recurridas unificamos, por ser común la temática, los motivos por presunción de inocencia y por infracción de ley del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 183 CP. Éste no obedece al contenido de ese formato casacional (discutir la subsunción jurídica), sino que desarrolla también argumentos encaminados a discutir la suficiencia probatoria.

En su vertiente más normativa (el acto era inidóneo para ser considerado abuso sexual pues fue fugaz, pudo ser por encima de la ropa, y no se demuestra ánimo libidinoso) es rechazable por cuanto ninguna de esas circunstancias excluye la calificación legal. Es indiferente el tiempo. Lo es también la intención. Es una conducta inequívocamente sexual. Incluso, con independencia de lo que se dirá, no es necesario contacto directo.

El resto de alegatos se refiere a la suficiencia probatoria. Son introducidos con la palanca que proporciona el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).



La STC 33/2015, de 2 de marzo, explica que es doctrina clásica -reiterada desde las ya lejanas SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 1, ó 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2- que la presunción de inocencia, además de constituir criterio informador del ordenamiento procesal penal, es, ante todo, un derecho fundamental en cuya virtud el acusado de una infracción no puede ser considerado culpable hasta que así se declare en Sentencia. La condena sólo gozará de legitimidad constitucional si ha mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por el Tribunal penal, pueda entenderse de cargo y suficiente.

A juicio del recurrente, no se han respetado las exigencias últimas de tal derecho constitucional: la prueba de cargo sería insuficiente y no habría sido correctamente valorada.

El fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia, cuyas conclusiones han sido refrendadas en apelación (fundamentos de derecho cuarto a sexto), detalla y glosa la prueba que sostiene el pronunciamiento condenatorio. Las manifestaciones del menor víctima constituyen el elemento esencial: fueron oídas directamente por el Tribunal.

El recurrente evoca la doctrina de esta Sala que analiza y recrea la temática relativa a las manifestaciones de la víctima y sus singularidades cuando se usa para desmontar la presunción constitucional de inocencia.

No es la casación, empero, marco propicio para una revaloración de las declaraciones personales para lo que, además, no se presenta como herramienta hábil la presunción de inocencia. La credibilidad de los testimonios (STC 133/2014) no forma parte del contenido decisorio revisable desde el derecho a la presunción de inocencia.

En la praxis este Tribunal se enfrenta con mucha frecuencia a situaciones procesales en lo esencial similares a la presente: condena por delito sexual basada en lo esencial en las manifestaciones de la víctima. Tomamos algunas referencias de las SSTs 223/2020, de 25 de mayo y 69/2020, de 24 de febrero y 597/2021 de 6 de julio..

No se trata -enseñan esos y otros precedentes- de revalorar la prueba para plantearnos si personalmente participamos de la convicción reflejada en la sentencia o si, por el contrario, se abre paso en nuestro ánimo alguna duda. El principio *in dubio* no va dirigido al Tribunal de casación. Quien tiene que dudar para que proceda la absolucón es el juez en la instancia -o, con algún matiz, en la apelación-; sin perjuicio de que esporádicamente en la jurisprudencia aparecen casos en que se argumenta que "objetivamente" el Tribunal *debió dudar* (STS 991/2014, de 4 de junio) acuñándose una especie de "incertidumbre objetiva" que convertiría en insuficiente la certeza subjetiva del juzgador.

Por mucho que se hayan ensanchado las vías casacionales a impulsos de la presunción de inocencia y, hasta cierto punto también, como legítimo paliativo a un crónico déficit de nuestro ordenamiento procesal penal - la inexistencia de una doble instancia plena- ya corregido (en este asunto ha existido una previa apelación), la casación mantiene su condición de recurso extraordinario, esencialmente diferente a la clásica apelación. Hemos de ser cuidadosos para no invadir las competencias de los tribunales de Instancia y apelación subvirtiendo el reparto de espacios funcionales trazado por el legislador, y no caer en una suerte de *travestismo* procesal, operando como Tribunal de apelación al conocer de una casación.

No somos nosotros los llamados a alcanzar una *certeza más allá de toda duda razonable*: nos corresponde exclusivamente comprobar si el tribunal de instancia la ha obtenido de forma legalmente adecuada y respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia en decisión ratificada por el Tribunal de apelación. Por eso no basta con que pudiéramos esgrimir algún tipo de discrepancia en los criterios de valoración de la prueba con el Tribunal de instancia -eso, ni siquiera nos corresponde planteárnoslo-. Solo debemos sopesar si en el *iter* discursivo a través del que el Tribunal ha llegado desde el material probatorio a la convicción de culpabilidad se detecta alguna quiebra lógica o algún déficit no asumible racionalmente, o si el material probatorio no es, en abstracto, concluyente.

Debemos eludir la tentación de convertir una divergencia valorativa en causal de casación, o de erigirnos en segundo Tribunal de apelación.,

La entronización del derecho fundamental a la presunción de inocencia como motivo de casación no transmuta la naturaleza extraordinaria de ese recurso. Ni franquea las puertas para una indiscriminada "revaloración" de la actividad probatoria a espaldas del principio de inmediatez. De la tarea de valoración de la prueba es depositario el Tribunal de Instancia.

El control en casación sobre el respeto a la presunción de inocencia exige:

i) depurar el material probatorio para expulsar de él la prueba ilícita o no utilizable por no haber estado revestida su práctica de las garantías imprescindibles (contradicción, publicidad);



- ii) a continuación, valorar el material restante comprobando si en abstracto era razonablemente suficiente para que el juzgador racionalmente pudiese llegar a una convicción exenta de toda duda sobre la culpabilidad; y,
- iii) finalmente, testar si, en concreto, esa convicción está motivada de forma lógica. Al introducir un juicio de *racionalidad* dentro del margen de fiscalización que se habilita desde la presunción de inocencia se crean puntos de confluencia con el derecho a la tutela judicial efectiva desde el momento en que es exigencia anudada a ella que la respuesta jurisdiccional sea racional y motivada en derecho.

El salto que se da en numerosos pasajes del recurso de lo abstracto (único en el que nos podemos mover en casación: si razonablemente el conjunto probatorio permite sustentar una convicción de culpabilidad) a lo concreto (si *in casu* el material probatorio; y en particular el testimonio de la víctima, debería haber sido puesto en cuestión, o si el Tribunal de instancia debiera haber albergado dudas) no cabe en casación. Sentada la suficiencia en abstracto de la prueba y el ajuste a parámetros de lógica de la forma de deducir y razonar del Tribunal de Instancia, el debate sobre la credibilidad mayor o menor de unos medios de prueba frente a otros, la interrelación entre todos ellos, el contraste entre la proclamada inocencia del acusado y los elementos de prueba testificales o de otro signo que apuntan en dirección contraria, queda agotado en la instancia y no puede reproducirse en casación sin traicionar el reparto de funciones que nuestro legislador procesal ha establecido entre los diferentes órganos jurisdiccionales que intervienen en un proceso penal.

Con sus argumentos, el recurrente pretende reabrir ese debate, lo que no se compadece ni mal ni bien con la naturaleza del recurso de casación. No es la casación marco adecuado para el prolijo y meritorio análisis crítico que el recurso efectúa de la testifical y el resto de la prueba. No podemos adentrarnos en el territorio al que nos empuja sin invadir zonas que constituyen dominios del Tribunal de instancia y, con alguna modulación, del de apelación.

TERCERO.- Axioma básico que es pertinente recordar aquí es la posibilidad de que una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima desactive la presunción de inocencia.

La vieja máxima de raíces judeo-cristianas *testis unus testis nullus* ha sido definitivamente abandonada en el moderno proceso penal. Ello no puede degenerar en una relajación del rigor con que debe examinarse la prueba, ni en debilitación del *in dubio*. Constituye secuela lógica de la inconveniencia de encorsetar la valoración probatoria en rígidos moldes legales no coincidentes con las máximas de experiencia y reglas de la lógica característicos del arcaico sistema de prueba legal.

El hecho de que la prueba esencial venga constituida por el testimonio de la víctima es compatible con la presunción de inocencia. Están superadas épocas en que la ley desdeñaba esa prueba única (*testimoniun unius non valet*), considerándola insuficiente por imperativo legal (prueba legal negativa) y no por la valoración de un Tribunal. Ese cambio de paradigma no fue fruto de concesiones para evitar la impunidad de ciertos tipos de delito en que normalmente no se cuenta con más prueba que la palabra de la víctima. No es coartada teórica para degradar la presunción de inocencia. Las razones de la derogación de tal regla radican en el sistema de valoración racional de la prueba y no en un inasumible pragmatismo defensorista que obligase a excepcionar principios esenciales.

La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto de fe ciego, de una intuición, o de un "pálpito" bendecido irracionalmente con la invocación a una etérea intermediación, como coartada de la orfandad motivadora.

En los casos de "declaración contra declaración" (normalmente no aparecen supuestos en ese estado puro y desnudo, sin otros elementos concomitantes), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa, esencialmente, en una testifical ha de redoblarse el esfuerzo de motivación fáctica. Sus exigencias se acrecientan.

No sería de recibo un argumento que basase la procedencia de esa prueba única en el riesgo de impunidad. Esto recordaría los llamados *delicta excepta*, y la máxima: "*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi*" (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado "ninguna prueba", la menor conjetura basta para penar al acusado) contra la cual lanzaron aceradas y justificadas críticas los penalistas de la Ilustración. La aceptación de esa premisa aniquilaría la presunción de inocencia como tal. La Sentencia del Tribunal Supremo americano -y recordamos un suceso evocado recurrentemente en trabajos doctrinales y también en precedentes de esta Sala- que a finales del siglo XIX, analizaba, con esa terminología por primera vez en aquel Tribunal, la presunción de inocencia -caso *Coffin v. United States*-, rememoraba un suceso tomado del Derecho romano que es elocuente y sigue enseñando al jurista del siglo veintiuno. Cuando el acusador se dirigió al Federico arguyendo, temeroso de que se desestimase su pretensión, "... si



es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?"; recibió esta sensata réplica: "Y si fuese suficiente con acusar, qué le sobrevendría a los inocentes?".

La testifical de la víctima, puede ser prueba suficiente para condenar; pero es imprescindible una motivación fáctica reforzada que vaya mucho más lejos de un desnudo " *es creíble*", "*me ha convencido*", "*le creo*".

Los protocolos y tests orientadores que ha ensayado la jurisprudencia y que utiliza como guión de su motivación fáctica tanto el Tribunal de instancia como el de apelación y el recurso, no son reglas o requisitos, sino criterios de valoración.

CUARTO.- La condena dictada no contradice nuestra doctrina jurisprudencial. Su argumentación muestra una valoración probatoria exhaustivamente razonada y, además, convincente y suasoria. No existe motivo alguno de incredulidad. El móvil espurio que sugiere el recurrente es de una futilidad tal (advertencia de que iba a llamar a su madre para hablar de la marcha escolar) que no resiste un mínimo análisis. Es refutado por la sentencia con argumentos sólidos. Las disparidades de detalle o pequeñas discordancias no ensombrecen la linealidad del relato y su persistencia.

Y hay datos corroboradores elocuentes. A destacar, la actitud del acusado al requerírsele una explicación. No es esa la conducta que se esperaría de una persona que se ven sorprendente por una injusta acusación. Admitir que *era solo un juego* o que *se pudo equivocar* o *meter la pata*, solo cobra sentido desde la hipótesis inculpatoria asumida por la Sala de instancia.

Junto a ello contamos con otros testimonios de referencia.

La motivación fáctica es sobrada. Que no se analicen a fondo detalles nimios que aportarían algún matiz favorable al acusado no erosiona lo rocoso del armazón probatorio y argumental.

Las manifestaciones de la víctima han merecido crédito al Tribunal. Y en lo esencial no solo cuentan con elementos corroboradores, sino que la Audiencia primero y el Tribunal Superior de Justicia, después, motivan racional y lógicamente el crédito que le han conferido.

Podríamos entretenernos haciéndonos eco del debate sobre los argumentos que militan a favor de dotar de fuerza convictiva a una u otra declaración. A eso invita el recurso y por esa senda, lógicamente, discurren los escritos de impugnación. Pero no es esa función nuestra. Era la Sala de instancia la llamada a hacerlo y a resolverlo, y la Sala de apelación, a revisar con amplitud la labor de la Audiencia. En esa tarea, aquí solo esbozada, de contraponer ambas declaraciones para comprobar si subsisten dudas o por el contrario el único testimonio se considera suficiente para alcanzar la condena la última palabra ya se ha dicho. Solo nos resta constatar -y lo constatamos- que se ha dicho con respeto a exigencias de la lógica y máximas de experiencia.

Los motivos no pueden prosperar.

QUINTO.- Tiene razón la acusación particular cuando en su contestación al recurso resalta que el resto de motivos articulados no fueron planteados en apelación. Es ello causa de inadmisibilidad que ahora, en fase de decisión, se convierte en razón para la desestimación sin necesidad de analizar el fondo. Las impugnaciones *per saltum* en casación; es decir, articular motivos que antes no hubiesen sido objeto de estudio y decisión por el TSJ en la apelación desestimada, están vedadas.

De cualquier forma no mejor suerte correrían esos motivos de adentrarnos en su estudio:

a) La contradicción a que alude el art. 851.1º LECrim es la interna de los hechos probados y no la hipotética que podría nacer del contraste entre la prueba y el relato fáctico. El recurrente opone al hecho probado sus valoraciones. Tampoco hay contradicción en la, en efecto algo confusa, descripción de la forma como introdujo la mano el recurrente: se entiende lo que se quiere decir, aunque se haya hecho de forma un tanto imprecisa. En cualquier caso el dato resulta en sí irrelevante a efectos de subsunción. No es necesario un tocamiento directo para que estemos ante un abuso sexual. Se produjese un contacto directo o, por el contrario, con la ropa interior por medio, no quedaría privado de contenido y significación sexual al comportamiento descrito.

b) Que la sentencia cuenta con una motivación fáctica sobrada, se ha analizado en el fundamento anterior.

c) El cuestionamiento del monto fijado como indemnización, ausente también en la apelación, carece de consistencia. Dos mil euros es cantidad proporcionada y ajustada a parámetros de racionalidad en unos delitos en que existe una presunción de perjuicio moral (art. 193 CP). No es solo un problema de lesiones psíquicas o de coste de un tratamiento psicológico, sino de compensar unos perjuicios morales que son inherentes a ese tipo de conductas.

d) No puede blandirse por la vía del art. 849.2º LECrim un informe pericial que puede apoyar la inocencia pero que ni es concluyente, ni la demuestra, ni es único. La presencia de pruebas personales que militan en contra



basta para blindar la sentencia frente a un motivo por la vía del art. 849.2º que exige prueba documental (o pericial si el informe es único o siendo varios son unánimes, lo que no sucede aquí), que sea literosuficiente, es decir que por sí sola demuestre (no que suscite dudas o lo deje como posible, sino que demuestre) lo que se quiere añadir (o suprimir) en el hecho probado; y que no concurren elementos de prueba personales en contradicción con tal aseveración. Ninguna de esas condiciones, analizadas al hilo del recurso de la acusación particular, concurren en el discurso que desarrolla el último motivo que está condenado también al fracaso. Podíamos sortear con mayor facilidad la objeción de ser una cuestión nueva: de alguna forma en el razonamiento en apelación sobre presunción de inocencia aparecían las referencias a este informe ahora enarbolado a través del art. 849.2º LECrim. Pero eso no le dota de prosperabilidad. No habilita, por fin, el art. 849.2º para cuestionar el valor corroborador que se ha otorgado a otro informe pericial psicológico. Eso sería un art. 849.2º *al revés*: un documento cuestionado y no cuestionante.

Los motivos son improsperables.

SEXTO.- La desestimación de ambos recursos obliga a la condena en costas a los recurrentes (art. 901 LECrim) y en el caso de la acusación particular, a la pérdida del depósito constituido.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **acusación particular Irene** contra la sentencia nº 213/2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en fecha 21 de julio de 2020, resolviendo en grado de apelación la causa seguida contra Marino por delito de abusos sexuales a menores en la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid, proveniente del Juzgado de Instrucción nº 16 de Madrid (Procedimiento Abreviado nº 331/19). Con imposición de las costas de este recurso y la pérdida del importe del depósito legalmente establecido.

2.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Marino** contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas con imposición de las costas de este recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Ángel Luis Hurtado Adrián