



Roj: **STS 3051/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3051**

Id Cendoj: **28079120012023100527**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/07/2023**

Nº de Recurso: **2711/2021**

Nº de Resolución: **553/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 1123/2021,**  
**STS 3051/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 553/2023**

Fecha de sentencia: 05/07/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2711/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: T.S.J.ASTURIAS SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2711/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 553/2023**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.<sup>a</sup> Susana Polo García



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 5 de julio de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por **Dionisio** representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Beatriz Sordo Gutiérrez y defendido por la letrada D.<sup>a</sup> Ana Isabel Ferreiro Figueroa y **Joaquina** representada por la procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> de los Ángeles González Rivero y defendida por la letrada D.<sup>a</sup> Rosa María Sanz Carrasco, siendo recurridos: la Administración del Principado de Asturias, Entidad Pública competente en materia de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma, representado por el procurador D. Fernando López Castro, que actúa bajo la dirección de la Letrada del Menor de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar D.<sup>a</sup> Antonia Fuentes Moreno; y el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 12/2021, de 10 de marzo dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, APELACIÓN RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 5 /2021.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Avilés instruyó el procedimiento abreviado n.º 33/2018, contra Dionisio y Joaquina, interviniendo como parte el Ministerio Fiscal y la Administración del Principado de Asturias por delito de abuso sexual y maltrato habitual.

**SEGUNDO.-** Concluida la tramitación, se remitió la causa a la Sección Segunda de la **Audiencia Provincial** de Asturias, en el recurso Rollo Procedimiento Abreviado n.º 34/2019, dictándose sentencia n.º 288/2020, de 8 de julio, que contiene los siguientes: "HECHOS PROBADOS Resultan probados, y así se declaran expresamente, los siguientes hechos:

El menor, Marcial, nacido el NUM000 de 2008 en Albacete, a los pocos meses de nacer se trasladó con su madre, la acusada, Joaquina a vivir a Asturias, en casa de su abuela, la también acusada, Antonia, a la vivienda sita en la localidad de DIRECCION000. Desde dicho momento ha estado residiendo casi todo el tiempo con su abuela excepto un periodo de febrero de 2014 a agosto de 2015 que vivió con su madre en Albacete y algunos cortos periodos de tiempo en los que estuvieron en albergues. No obstante, en los periodos en que el menor se hallaba con su abuela, su madre lo visitaba regularmente. Durante la convivencia de la madre con el menor así como en los momentos en que Joaquina iba a visitarle a casa de su abuela, le sometió a constantes y reiterados acometimientos físicos mediante bofetadas y golpes, con resultado de laceraciones y contusiones. Tal conducta fue reiterada llegando a ser pauta de comportamiento normal de Joaquina para con Marcial. La abuela, Antonia, conocedora de la anterior situación y presenciando las continuas agresiones físicas no hacía nada por evitarlo, propiciando incluso tal conducta cuando, teniendo a su cuidado al menor, permitía el acceso a la vivienda. a Joaquina, asumiendo que podía, en tales circunstancias, pegar al menor, como así sucedía.

Durante el mismo periodo de tiempo, la acusada, Joaquina, realizó, en repetidas ocasiones, tocamientos a su hijo, Marcial, los cuales consistían en tocarle sus partes genitales tanto por encima de la ropa como cuando se hallaba desnudo en el baño aseándose, siendo la última vez, el día 16 de abril de 2017, mientras le visitaba en casa de su madre.

Dichos tocamientos fueron también realizados por el tío del menor, Dionisio, quien en fecha no determinada, posterior al año 2015, aprovechando que estaba de visita en casa de un hermano en DIRECCION001, donde también se encontraba Marcial con su madre, le llegó a tocar sus partes genitales por encima de la ropa.

Todas estas situaciones han provocado que el menor Marcial, sufra una sintomatología de tipo ansioso; pesadillas, reexperimentación cognitiva, déficit en la regulación del malestar emocional, baja autoestima, sentimientos de estigmatización y percepción de dificultades en las relaciones sociales".

La **Audiencia Provincial** dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Joaquina como autora responsable de un delito continuado de abuso sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cinco años, seis meses y un día de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, la privación de la patria potestad respecto a su hijo Marcial y la inhabilitación para el ejercicio de cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de ocho años y seis meses, y prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio y centro de estudios, a una distancia inferior a 500 metros, o de comunicarse con él por cualquier medio por un periodo de seis años, seis meses y un día y a que como responsable civil indemnice al menor Marcial en la suma de 5.000 euros con los intereses del artículo 576 LEC y al pago de una tercera parte de las costas procesales,



incluyendo las de la acusación particular, así como la medida de libertad vigilada por un periodo de cinco años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Joaquina cómo autora responsable de un delito maltrato habitual sin da concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años y seis meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cuatro años y un día e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro años, así como la prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio y centro de estudios, a una distancia inferior a 500 metros, o de comunicarse con ella por cualquier medio por un periodo de tiempo de cuatro años y al pago de la mitad de 1/3 de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Antonia como cooperadora necesaria de un delito maltrato habitual sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y diez meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cuatro años y un día e inhabilitación especial para el ejercicio de la guarda o acogimiento por tiempo de cuatro años, así como la prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio y centro de estudios, a una distancia inferior a 500 metros, o de comunicarse con ella por cualquier medio por un periodo de tiempo de dos años y diez meses y al pago de, la mitad de 1/3 de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular.

Joaquina y a Antonia, como responsables civiles indemnizarán al menor Marcial en la suma de 5.000 euros, con los intereses del artículo 576 LEC, de los que Antonia responde solidariamente del 30%.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Dionisio como autor responsable de un delito de abuso sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años y un día de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, la inhabilitación para el ejercicio de cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de siete años, y prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio, y centro de estudios, a una distancia inferior a 500 metros, o de comunicarse con ella por cualquier medio por un periodo de cinco años y un día y a que como responsable civil indemnice a Marcial en la suma de 1.000 euros con los intereses del artículo 576 LEC y al pago de una 1/3 parte de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular. [...]."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la defensa de **Dionisio y Joaquina**, dictándose sentencia n.º 12/2021, de 10 de marzo, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el RPL APELACIÓN RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 5 /2021 que contiene la siguiente parte dispositiva: " FALLAMOS: Que desestimamos íntegramente los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora de los Tribunales Doña. Isabel Quirós Colubi, en nombre y representación de Doña Joaquina y por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana María Candanedo Candanedo en nombre y representación de Don Dionisio, contra la sentencia, de 8 de julio de 2020, dictada por la **Audiencia Provincial de Oviedo**, Sección Segunda, que se confirma en sus propios términos. Con imposición de las costas de esta alzada a los apelantes. [...]."

**CUARTO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Dionisio y Joaquina**, 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.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

#### **Dionisio**

**PRIMERO.-** Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia de mi representado, e infracción del art. 24.2 de la Constitución Española.

**SEGUNDO.-** En virtud de lo dispuesto en el art. 849.1º y 2º LECrim ( SSTS de 1653/2002, 898/2008, 148/2009), por pura infracción de ley, por indebida aplicación de los artículos art. 183.1 y 4.d), artículos 28 y 29 del mismo código penal.

#### **Joaquina**

**PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN** Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del apartado 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por haberse vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia de la Sra. Joaquina, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución.



SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN Por infracción de ley, con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 183. 1 y 4 d) y 74 del Código Penal, existiendo falta de la adecuada motivación.-

**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** En proveído de 15 de diciembre de 2022 se dio traslado a la parte recurrente para que adaptase, si lo estimare conveniente los motivos de casación alegados a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral, traslado efectuado por la representación procesal de Dionisio en escrito de 24 de enero 2023, en el que expresaba: "[...] PRIMERO.- Que por medio del presente escrito doy cumplimiento a la Diligencia de Ordenación de fecha quince de diciembre de dos mil veintidós. SEGUNDO.- Que nos afirmamos y ratificamos en nuestro recurso de casación interpuesto.

Si bien y de conformidad con lo prevenido en la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal solicitamos la adaptación para su aplicación en el supuesto de no ser admitido nuestro Recurso de Casación la Disposición Final Cuarta de la Ley Orgánica 10/2022, de 6

de septiembre de garantía integral de la libertad sexual.[...]"

En proveído de 6 de febrero de 2023 se da traslado del anterior escrito a la Administración del Principado de Asturias y al Ministerio Fiscal; alegaciones que efectuaron: el Ministerio Fiscal por escrito de 10 de febrero de 2023 y la Administración del Principado de Asturias el 16 de febrero de 2023.

**OCTAVO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 9 de mayo de 2023 se señala el presente recurso para fallo para el día 27 de junio del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** La sentencia objeto del presente recurso de casación condena a los recurrentes, madre y tío de la víctima, y a una tercera persona, la abuela, como autores responsables de un delito de maltrato del que la acusada, la madre del menor, es condenada como autora directa, en tanto que la abuela, no recurrente, como cooperadora necesaria. Condenan, además, a la madre y a un tío del menor, recurrentes, como autores de un delito de abuso sexual. En síntesis, el relato fáctico refiere que el menor se encontraba en régimen de acogida por la abuela y había sido objeto de reiterados malos tratos, golpes, laceraciones etc. por parte de la madre en las visitas que le realizaba, afirmando que esas lesiones producidas han sido objetivadas por reconocimientos médicos sobre el menor. La abuela, se afirma en el relato, que acogía al menor, estaba presente en el desarrollo de las conductas de maltrato y no hizo nada por impedirlo. Su conducta omisiva no es objeto de cuestionamiento ante esta Sala. Igualmente refiere el relato fáctico que la acusada, la madre del menor, realizó en repetidas ocasiones tocamientos a su hijo que consistían en tocarle sus partes genitales, tanto por encima de la ropa, como cuando se hallaba desnudo en el baño aseándose, siendo la última vez en abril del 2017 mientras le visitaba en casa de su madre. Añade el relato que dichos tocamientos fueron también realizados por el tío del menor Félix en fechas no determinadas, posterior al año 2015, aprovechando que estaba de visita, donde también se encontraba su madre, declarando que le tocó sus partes genitales por encima de la ropa.

En la fundamentación de la sentencia refiere la actividad probatoria. Respecto del delito del maltrato se apoya en las declaraciones de la víctima, que han sido percibidas de forma inmediata por el tribunal, "prestado en el juicio oral que mereció plena credibilidad a los componentes de este tribunal por su apreciación inmediata, estando corroborado por otros medios de prueba" que, al término del fundamento segundo de la sentencia, concreta en los testimonios que corroboran periféricamente los del menor, la testifical de la trabajadora social y de la psicóloga de la Consejería de Servicios Sociales del principado de Asturias, así como la documental médica que objetiva los episodios relativos al menor que incluyen golpes, contusiones y laceraciones (folio 14), plenamente compatibles con las agresiones físicas que relata el menor. Además, tras el análisis de la causa constatamos que la realidad de los maltratos habituales fueron también apoyados en las periciales y documentales que obran en el expediente seguido para la suspensión de la patria potestad y el acogimiento del menor, adjuntadas con la denuncia formulada por el Ministerio Fiscal, que han sido ratificadas durante el enjuiciamiento y que exponen que "el menor ha sido expuesto de forma constante a situaciones de violencia de género, siendo testigo y víctima, por parte de parejas de la madre y de la abuela" (Informe del Instituto Asturiano de Protección a la Familia) y "el menor impresiona con una historia vital de negligencia y/o maltrato" (Informe psicológico forense).

La Consejería de Asuntos Sociales del Principado de Asturias declaró la situación de desamparo y retiró a la madre la patria potestad asumiendo la tutela. La actividad probatoria, anticipamos, es suficiente al incidir



sobre los resultados acreditados y la autoría de la acusada. La prueba es de carácter personal y pericial sobre la acción y el resultado.

Respecto al delito de abuso sexual, imputado a la madre y al tío del menor, la actividad probatoria se basa en las mismas declaraciones del menor, que el Tribunal de la primera instancia declaró creíbles por la percepción inmediata de esa testifical, y que aparecen corroboradas periféricamente, señala, la motivación, por las mismas testificales anteriores, la de la psicóloga y la trabajadora social de la Consejería de Servicios Sociales del Principado de Asturias, testimonio que es referencial del hecho, al apoyarse en la declaración de menor respecto del que intervinieron socialmente para analizar la petición de acogimiento familiar interesado por la abuela del menor. Se desarrolló, además, una prueba pericial, médica forense y psicológica, del Instituto de Medicina Legal del Principado de Asturias que no es objeto de especial valoración, y que pone de manifiesto aspectos referentes a la credibilidad del testimonio. La documentación del expediente referido a la tutela del menor no es asertivo respecto a los actos de contenido sexual que siempre va precedido de expresiones referidas a su posibilidad de concurrencia.

Formalizan un primer motivo, que irradia sobre los demás, en el que cuestionan la correcta enervación del derecho fundamental a la presunción de inocencia de los dos recurrentes, la madre y el tío del menor, reiterando lo que ya expusieron en la instrucción y juicio oral, la no participación en los hechos de los recurrentes, la negación de las imputaciones, respecto del delito de maltrato, sólo algún azote, y del abuso sexual que ambos niegan. Reproducen el informe forense del psicólogo del Instituto de medicina legal y de los dos médicos forenses, para negar capacidad probatoria a esas declaraciones del menor y a los testimonios de la psicóloga y trabajadora social que participaron en la acogida del menor.

El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley ( artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos, descartando, al mismo tiempo y en su caso, la concreta versión alternativa ofrecida por el acusado por carencia de la necesaria racionalidad. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia. La declaración de la víctima es una prueba hábil para la convicción del tribunal, pero cuando se trata de una prueba única, aun manteniendo su capacidad suasoria, por la situación límite que comporta para el derecho fundamental, se exige una especial motivación de la convicción. No se trata de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada en supuestos tenidos como situaciones límite en los que la prueba es única, la testifical de la víctima en los hechos, con versiones contradictorias a las del acusado.

Es por eso que esta Sala se ha referido en numerosas ocasiones a aspectos relacionados con su valoración, que, sin desconocer la importancia de la inmediación, pretenden la objetivación de la conclusión alcanzada mediante un razonamiento que exprese el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal. En este sentido, la ausencia de incredibilidad subjetiva, la persistencia en la incriminación y la verosimilitud en relación con elementos de corroboración, no operan como requisitos propios de una prueba tasada, sino como vías de examen que facilitan el razonamiento valorativo. Así pues, valoración en conciencia no significa ni es equiparable a valoración irrazonada o a valoración oculta, de modo que la conclusión razonada del órgano jurisdiccional debe expresarse en la sentencia, como vía inexcusable para facilitar su conocimiento por parte del acusado y la revisión en vía de recurso.

Como dijimos en la STS nº 331/2008, de 9 de junio, con cita de la sentencia de 1 de junio de 2007, "...en la casación, como en el amparo constitucional, no se trata de evaluar la valoración del tribunal sentenciador conforme a criterios de calidad u oportunidad y ello porque el proceso, ya en este trance de la casación, no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas..." (como subraya el Tribunal Constitucional en su sentencia 262/2006 de 11 de septiembre en relación con el ámbito del control en vía de amparo de la citada garantía, situación equiparable a la casación cuando es ésta el motivo invocado)". En la STS 813/2013, de 19 de noviembre, señalamos que esa Sala, en varias ocasiones, ha llamado la atención acerca de la necesidad de examinar expresamente la



totalidad del cuadro probatorio a los efectos de lograr una correcta valoración de la prueba, lo que supone un examen de las pruebas de cargo y de las de descargo. La cuestión puede adquirir mayor relevancia cuando las pruebas de descargo cuya valoración se omite revisten una importancia respecto de la determinación de los hechos que resultan de esa prueba si bien la omisión de la valoración de la prueba de descargo no es equiparable a la ausencia de un rechazo expreso de la versión alternativa sostenida por el acusado, pues la valoración de la prueba de cargo puede suponer valoración negativa de la versión exculpatoria. En cada caso deberemos examinar la capacidad probatoria de la prueba presentada.

Pero cuando los elementos de descargo arrojan una calidad informativa relevante, que no queda sin más descartada por la valoración de la prueba de cargo o por su apabullante fuerza demostrativa, y, además, sugieren objeciones de peso en la hipótesis inculpatoria que conducirían de forma inexorable a conclusiones distintas, se hace imprescindible una explicitación de las razones por las que no se consideran concluyentes (SSTS 1228/2006, de 12 diciembre y 503/2011, de 25 mayo)."

En el caso de esta casación, los recurrentes denuncian que no se ha otorgado el debido peso a algunas pruebas de descargo o elementos que debilitarían poderosamente el testimonio de la víctima hasta convertirlo en insuficiente o demasiado frágil para desmontar la presunción constitucional de inocencia.

La sentencia objeto de la presente censura casacional adolece de esa deficiencia, el silencio respecto de la prueba pericial médica y psicológica desarrollada por los médicos y el psicólogo del Instituto de Medicina Legal del Principado de Asturias que, en el juicio oral, cuestionaron aspectos relevantes de la declaración del menor y a los que la sentencia de la primera instancia, no presta atención alguna, ni valora. La de la apelación se limita a situarse en un plano de racionalidad de la motivación desarrollada por el tribunal de instancia. Al no disponer de la precisa intermediación que le permita la valoración de la prueba, se limita a destacar su posición sin intermediación para considerar racional la afirmación de culpabilidad de los acusados desde la imputación de unos hechos realizados por la víctima.

El juicio de razonabilidad no puede detenerse en la mera expresión de lo que el menor ha declarado. Las testificales que son tenidas por corroboradoras no lo son del hecho, sino del contenido de las declaraciones del menor, y prestadas por personas de los institutos de protección de la infancia, actividad probatoria que es contradicha por la pericial forense en la que se cuestiona la asertividad y credibilidad, en términos de realidad, de la declaración del menor.

Hemos examinado la documentación del acta del juicio oral en el que declararon los peritos que conocieron del expediente de acogida del menor, los médicos forenses y psicólogo del Instituto de Medicina Legal del Principado de Asturias. La prueba psicológica señala, como elemento relevante, la enfermedad mental de la madre, que resulta muy incapacitante con relación a los hechos, y señala, como ejemplo de inestabilidad emocional del menor, los nueve cambios de centro escolar, y que las verbalizaciones efectuadas por el menor de naturaleza sexual se ven contaminadas por el conocimiento que expresa tener de tales circunstancias dentro de la familia con otros protagonistas. Señala el perito que el menor refirió tocamientos en el pene, pero no parece ofrecer ningún otro dato que releve su implicación en otra actividad sexual. También refiere la introducción de una esponja por su ano que podía ser como un acto de su aseo, pues tampoco ofrece datos con connotación sexual. Por otra parte el trastorno mental de la madre podría cursar con conductas bizarras como ésta. En el vídeo aportado el menor se retracta de sus acusaciones previas, que justifica en el juicio por influencia de su abuela y por su propio nerviosismo. Relata lacónicamente otros incidentes de carácter sexual cuya realidad niega con un tío suyo. Concluye, afirmando que "resulta imposible pronunciarse sobre tal testimonio por su calidad, pues un curso de pensamiento es paradójico pese a dar muestras de distinguir realidad de la ficción, y verdad de mentira, y de desear que el juez conozca su retractación. El menor impresionó cómo un niño con una historia vital de negligencia y o maltrato en sus cuidados, pero, desde el punto de vista psicológico y con los datos con los que contamos, no puede ofrecerse certeza sobre actuaciones concretas y sus protagonistas."

Esa pericial contradice la asertividad de las declaraciones valoradas por el tribunal como fundamento de su convicción, y ponen de manifiesto la existencia de unas retractaciones durante la instrucción de la causa, incluso grabadas en un vídeo que ha sido suministrado a la causa, y de las que no se hace referencia en el juicio, que sí refiere una fuga del menor de uno de los establecimientos donde estaba internado con la ayuda de su abuela y de su tío, y el deseo del menor de que la retractación sobre los hechos acaecidos con su tío llegaran al conocimiento del juez. La sentencia de instancia hace referencia a una retractación en la primera exploración del menor, para señalar que no ha sido ratificada en el acto del juicio oral. De su constancia extraemos que no existió persistencia en la declaración del menor al existir, al menos, dos retractaciones de sus acusaciones contra su familia directa, en un vídeo y en la primera de exploración judicial. Además, consta el deseo del menor de que esa retractación sea puesta en conocimiento del juzgado. Esa falta de persistencia, y el carácter general y genérico de los contenidos incriminatorios, consistentes por parte del tío en tocamientos de los genitales



por encima de la ropa, y de la madre, cuando le aseaba, expresiones que aparecen como equívocas en cuanto a la finalidad que perseguían, hacen que la sentencia no llegue a despejar las dudas que la pericial permite mantener.

La palabra de un testigo, sin ninguna otra prueba que permite confirmar hechos referenciales al motivo de lo acusado, si bien puede ser suficiente para una condena, exige una fundamentación objetiva y racional que supere el apoyo sobre la mera credibilidad de ese testimonio. Es necesario explicar por qué ese testimonio es creíble, o porqué no lo es la declaración de los imputados que contradicen la acusación. Es exigible un reforzamiento de la motivación máxime en un supuesto, como el de esta casación, en el que los elementos de descargo que se ha ofrecido al tribunal arrojan una calidad de elemento de elementos relevantes para, al menos, dudar de la certeza de los hechos de la acusación. Como dijimos en la STS 653/2016, de 15 de julio, "sugieren objeciones de peso en la hipótesis inculpatoria que conducirían de forma inexorable a conclusiones distintas, se hace imprescindible una explicitación de las razones por las que no se consideran concluyentes".

En reiterada jurisprudencia hemos mantenido la estrecha relación entre el derecho fundamental o la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva, de manera que la correcta enervación de la presunción de inocencia exige una racional motivación de la valoración de la actividad probatoria, de manera que cuando ha mantenido en la instancia para la condena no posibilita declarar despejadas las dudas sobre la realidad de la acusación procede declarar la absolución de los acusados.

En el caso, la imputación por el delito de maltrato habitual aparece correctamente fundado en prueba suficiente para la condena en los términos contenidos las sentencias de esta causa y del que son responsables, en los términos declarados, Joaquina y Antonia, madre y abuela, respectivamente. No aparece correctamente acreditado el derecho fundamental a la presunción de inocencia de los acusados Dionisio y Joaquina respecto de los hechos subsumidos en el delito de abuso sexual, del que deben ser absueltos.

En orden a la condena por el delito de maltrato habitual constatamos que la sentencia condenatoria adolece de un déficit absoluto en orden a la motivación de la pena en cuanto al delito de maltrato habitual. La pena privativa de libertad impuesta es de 2 años y 6 meses de prisión, además de las accesorias que recoge en el fallo. Esa pena privativa de libertad es impuesta casi en el máximo de la penalidad prevista en la tipicidad y para su adopción tan sólo argumenta que carece de antecedentes penales, que no supone un mayor incremento de pena, y la gravedad de los hechos, que no concreta y no justifica su decisión sobre la individualización. Por otra parte, no tienen en cuenta el diagnóstico de insanidad mental de la acusada, recurrente, que no ha sido objeto de una subsunción atenuatoria, pero a la que todos los peritos se refieren para explicar la conducta. Esa insanidad mental ha de ser tenida en cuenta, junto a la falta de concreción de los actos del maltrato que resulta acreditado a partir de la documentación y antecedentes que dieron lugar a la declaración de desamparo. En consideración a la gravedad de los hechos y a las circunstancias personales de la acusada, diagnosticada de una insanidad mental, que refleja una menor culpabilidad en el hecho, imponemos la pena de 1 año y 3 meses de prisión, ratificado el resto de las penas impuestas en la sentencia impugnada.

## FALLO

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

**1.º) Estimar** el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de **Dionisio y** parcialmente el interpuesto por la representación procesal de Joaquina, contra la sentencia n.º n.º 12/2021, de 10 de marzo, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el RPL APELACIÓN RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 5 /2021.

**2.º) Declarar** de oficio el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2711/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**



## Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.ª Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 5 de julio de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por **Dionisio** representado por la procuradora D.ª Beatriz Sordo Gutiérrez y defendido por la letrada D.ª Ana Isabel Ferreiro Figueroa y **Joaquina** representada por la procuradora D.ª M.ª de los Ángeles González Rivero y defendida por la letrada D.ª Rosa María Sanz Carrasco, siendo recurridos: la Administración del Principado de Asturias, Entidad Pública competente en materia de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma, representado por el procurador D. Fernando López Castro, que actúa bajo la dirección de la Letrada del Menor de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar D.ª Antonia Fuentes Moreno; y el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 12/2021, de 10 de marzo dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, APELACIÓN RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 5 /2021.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.**-Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la Sentencia recurrida añadiendo los de la primera Sentencia dictada por esta Sala.

**SEGUNDO.**- Que por las razones expresadas en el fundamento jurídico único de la primera sentencia dictada por esta Sala, se estima el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de Dionisio y Joaquina absolviéndoles del delito de abuso sexual del que habían sido acusados por el Ministerio Fiscal, con declaración de oficio con respecto a costas procesales y también se estima parcialmente el interpuesto por Joaquina respecto del delito de maltrato habitual por el que fue condenada, procediendo imponer a la pena de 1 año y 3 meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cuatro años y un día e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro años, así como la prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio y centro de estudios, a una distancia inferior a 500 metros, o de comunicarse con ella por cualquier medio por un periodo de tiempo de cuatro años y al pago de la mitad de 1/3 de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular.

Ratificamos el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

## FALLO

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

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Dionisio y Joaquina del delito de abuso sexual del que habían sido acusados por el Ministerio Fiscal, con declaración de oficio con respecto a costas procesales y por la estimación parcial del motivo el interpuesto por Joaquina, respecto del delito de maltrato habitual, es condenada a la pena de 1 año y 3 meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cuatro años y un día e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro años, así como la prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio y centro de estudios, a una distancia inferior a 500 metros, o de comunicarse con ella por cualquier medio por un periodo de tiempo de cuatro años y al pago de la mitad de 1/3 de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ