

Id Cendoj: 28079120012009100974
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2146/2008
Nº de Resolución: 968/2009
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Abusos sexuales y exhibicionismo. Presunción inocencia. Declaración menor corroborada por informes psicológicos. Oligofrenia grado leve moderada .El Ministerio Fiscal postuló la eximente incompleta. Vulneración principio acusatorio de defensa al apreciar la Sala la atenuante analógica. Delito exhibicionismo no requiere un animo especial de involucrar al menor, basta que la conducta sea dolosa.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Octubre de dos mil nueve

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **Soledad , Laureano , Lorenzo** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Primera, que condenó a los acusados, por delitos **de abusos sexuales y exhibicionismo** ; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Srs. Fernández Rosa, San Lorenzo Serna y Echevarría Terroba respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Santa María de Guia de Gran Canaria, instruyó Sumario con el número 1 de 2006, contra Soledad , Laureano , Lorenzo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas, cuya Sección Primera, con fecha 20 de junio de 2.008, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- La acusada, Soledad , mayor de edad, nacida el 7 de marzo de 1958 con DNI nº NUM000 y sin antecedentes penales, en distintas ocasiones durante los meses de verano del año 2001 , sin poder en distintas ocasiones durante los meses de verano del 2001, sin poder precisar los días concretos y aprovechando idénticas ocasiones, en compañía del acusado, Lorenzo , mayor de edad, nacido el 17 de abril de abril 1945, con DNI nº NUM001 y sin antecedentes penales, con el cual mantenía una relación sentimental, y del también acusado, Laureano , mayor de edad, nacido el 17 de agosto de 1962, con DNI nº NUM002 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, llevaba a su hija menor, Azucena , nacida el 2 de enero de 1996, a la playa Roque Prieto, sita en el término municipal de Santa María de Guía (Las Palmas), en concreto a un cuarto abandonado que existía en el lugar, y mientras la acusada, Soledad , procedía a realizar el acto sexual con el acusado, Lorenzo , ambos desprendiéndose de sus ropas y exhibiéndose obscenamente en presencia de la menor, hija de la acusada, el otro procesado, Laureano , con ánimo libidinoso procedía, sin que ninguno de los presentes lo impidiese, a tocar a la pequeña en sus genital es, quitándole previamente los pantalones y sus braguitas, para a continuación desnudarse también, dicho acusado, pidiéndole a la menor que le chupase el pene poniéndoselo en la boca, así como también se lo pasaba por el culito y por los órganos genitales de la pequeña, intentando penetrarla pero sin conseguido, ya que , la menor cada vez que esto sucedía, comenzaba a llorar porque le hacía daño. Sucediendo todo ello en presencia de la acusada, Soledad , madre de la menor y por tanto responsable de ella, que no hizo nada por impedir que estos hechos sucedieran , aprovechándose de la confianza y lazo familiar de la menor con ella , a la que incluso llega

amenazar con pegarla si contaba algo a su padre. Y en presencia del también acusado, Lorenzo , quien pudiendo haber evitado estos hechos, tampoco lo hizo.

En el momento de los hechos la acusada, Soledad , sufría una oligofrenia leve moderada que mermaba bastante su capacidad volitiva y disminuía sus capacidades cognitivas.

El representante legal de la menor solicita indemnización por los daños y perjuicios morales causados a Azucena como consecuencia de estos hechos .

Los acusados se hallan en libertad provisional por esta causa.

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

FALLO: que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Soledad como autora del delito continuado de exhibicionismo, previsto y penado en el artículo 185 del CP . la pena de seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por ese tiempo y costas procesales. Como cooperadora necesaria y por ello autora del delito continuado de abuso sexual del artículo 181.1 y 2 en relación con el artículo 182 del CP a la pena de siete años de prisión, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y el modo en que los mismos se ejecutaron y por su reiteración (art. 74 del CP). Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 99 y 104 del CP , se impone a la acusada Soledad , por el delito de abuso sexual agravado continuado la medida de internamiento en centro cerrado penitenciario adecuado a su padecimiento durante siete años como máximo , y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad por tiempo de seis años .

Al acusado Laureano , como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual agravado continuado , ya calificado , la pena de prisión de DIEZ años , accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

Al acusado Lorenzo , como autor de un delito continuado de exhibicionismo a la pena de prisión de un año e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo. Asimismo y como autor de un delito continuado de omisión del deber de impedir delitos , la pena de multa de 24 meses a razón de 6 euros diarios.

Finalmente, y conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del CP , se impone a los acusados Soledad y Laureano la prohibición de aproximarse y comunicarse a Azucena por un periodo de diez años y al acusado Lorenzo igual prohibición por periodo de cinco años.

Asimismo, DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados a que indemnicen conjunta y solidariamente a la menor Azucena en la cantidad de 60000 euros que devengará el interés del artículo 576 de la LEC .

Se condena a los acusados al pago de costas procesales.

Se acuerda el comiso y destrucción de la droga intervenida en los presentes autos.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley, por Soledad , Laureano , Lorenzo , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Las representaciones de los procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Recurso interpuesto por Soledad

PRIMERO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim .

SEGUNDO .- Al amparo del art. 849.2 LECrim . inaplicación indebida del art. 21.1 en relación con el art. 20 ambos del CP .

TERCERO .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ .

Recurso interpuesto por Lorenzo

PRIMERO .- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . en relación con el *art. 5.4 LOPJ* . vulneración del *art. 24 CE* . en relación con el derecho a la presunción de inocencia.

SEGUNDO .- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . en relación con el *art. 5.4 LOPJ* . vulneración del *art. 24 CE* . en relación con el derecho a la presunción de inocencia en relación con el delito del *art. 185 CP* .

TERCERO .- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . indebida aplicación del *art. 185 CP* .

Recurso interpuesto por Laureano

PRIMERO .- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . infracción del derecho a la presunción de inocencia.

SEGUNDO .- Al amparo del *art. 5.4 LOPJ* . vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, infracción del principio in dubio pro reo.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día seis de octubre de dos mil nueve.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Soledad

PRIMERO: El motivo primero por infracción de Ley art. 849.1 LECrim. por la vía del art. 5.4 LOPJ. en relación con el art. 24.1 CE ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por cuanto de toda la prueba actuada en el plenario no existe ni la mas mínima prueba capaz en sí misma de enervar o desvirtuar la presunción de inocencia, por cuanto las declaraciones de los testigos están llenas de contradicciones y no existe otra prueba que incrimine a la recurrente de la autoría de los hechos por los que fue condenada.

El motivo debe ser desestimado.

Como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 753/2007 de 2.10, 672/2007 de 19.7 , cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la intermediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre

todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (*art. 9.1 CE*), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, *art. 24.2 CE* . "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su intima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el *art. 117.3 CE* . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la practica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94m, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006).

SEGUNDO: Expuestas estas consideraciones previas -como hemos recordado en STS. 833/2009 de 16.7 , la primera cuestión que se nos presenta es la relativa a que hemos de entender por prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, y en este sentido el Tribunal Constitucional (sentencias, entre otras muchas, 201/89, 217/89, 283/93), ha sentado que la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba efectuados en el juicio oral, contradictoriamente, que la prueba haya sido obtenida y practicada en la forma que regula la Ley procesal criminal, que la convicción judicial se obtenga con respeto absoluto a la inmediación procesal y que esta actividad y comportamiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia. De otro lado, se ha de resaltar que el convencimiento del juzgador puede perfectamente lograrse por la declaración de un solo testigo, aunque éste sea la propia víctima, prueba que ha sido admitida por esta Sala (SSTS. 706/2000, 313/2002, 339/2007), atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen estos delitos contra la libertad sexual, impiden en ocasiones disponer de otras pruebas, como prueba lícita y suficiente para enervar la presunción de inocencia.

En efecto la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil para enervar ese derecho fundamental. Encuadrada en la prueba testifical, su valoración corresponde al Tribunal de instancia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos disponen sobre los hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el Tribunal de instancia forma su convicción no solo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, la reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

La credibilidad de la víctima que la recurrente pone en duda es un apartado difícil de valorar por esta Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba, pero su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y en el sentido de cargo que la misma tiene, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el Tribunal de instancia. Por ello, el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en los hechos como el enjuiciado, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, que no exigencias, como son los de ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.

En el caso presente la sentencia de instancia entiende acreditados el delito del *art. 185 (fundamento derecho primero)* y el delito de los *arts. 181.1 y 2 y 182 CP. (Fundamento derecho segundo)* por el testimonio de la menor que califica de escalofriante sin que a la Sala le quepa duda de que dice la verdad y "es contundente" en su testimonio.

Valoración probatoria que debe mantenerse por esta Sala.

En este punto, la jurisprudencia (STS. 339/2007 de 30.4), ha distinguido respecto a la órbita civil, la atendibilidad de la prueba de menores de edad, incluso cuanto tienen una edad inferior a los 14 años (art. 1246.3 Cc), fijándose en el hecho de la "capacidad natural", ya que capaces naturales para testificar pueden serlo bastantes menores de 14 años y no serlo algunos mayores de edad.

Por esto tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han estimado prueba de cargo el testimonio prestado por un impúber (SSTS. 1.6 y 18.9.90 , en la que se dio credibilidad de un delito sexual a un menor de 9 años de edad sobre la base de constituir una edad suficiente de conocimiento de la realidad y representar un grado de sinceridad quizá superior a los adultos). Doctrina que es de igual aplicación en los casos de menores-víctimas (SSTS. 5.4.94 y 27.4.94).

En otras sentencias se indica que el niño, objeto de una agresión sexual no da cuenta e informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa sino que transmiten linealmente hechos, lo cual ponderándolo debidamente, proporciona datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos de que se trate (SSTS. 6.4.91 y 4.2.93), y pueden ser base para la fijación histórica de lo ocurrido (SSTS. 31.10.92 y 23.3.97), siendo facultad del Tribunal de instancia, en base a la inmediación, la valoración de aquel testimonio, insistiéndose en la STS. 19.4.97 , en la importancia de que existen datos periféricos que corroboren la declaración de las víctimas -menores de edad-, especialmente en los delitos sexuales, como pueden ser los informes psicológicos, el del forense sobre secuelas psíquicas y las declaraciones de familiares, que se consideran complementarios del testimonio de aquellas, la prueba básica y nuclear en esta clase de delitos, como acaece en el caso presente en el que la versión de Azucena es corroborada por sus familiares y los informes periciales al respecto en relación a su veracidad.

Es cierto que un dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical, pero puede constituir un valioso elemento complementario de la valoración, como ha declarado esta Sala con reiteración (SSTS. 12.6.2003 y 24.2.2005). Por eso el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del Juez, aunque si podrá ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (SSTS. 23.3.94, 10.9.2002, 18.2.2002, 1.7.2002, 16.5.2003).

En definitiva la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes.

Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quienes los emiten, opinión que no puede, ciertamente, por si misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Juez o Tribunal, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable (STS. 14.2.2002), pero a "sensu contrario" si pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas.

No otra cosa acaece en el caso actual en el que el Tribunal entiende corroborada la credibilidad de la

menor por los informes periciales de la medico forense D^a Candelaria y psicóloga forense D^a Concepción , en fechas 19.2.2002 y 8.6.2006, ratificados en el plenario, en el que relataron que cuando se entrevistaron con la menor para valorar la veracidad de su relato, la misma fue contundente, no fantaseaba, describía perfectamente el lugar en el que sucedieron los hechos, no respondía a sujeción alguna y aportaba datos sensitivos que les llevaron a concluir que vivió lo que contó.

Por ultimo en lo que se refiere a la persistencia de la incriminación ello supone:

a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones» (Sentencia de 18 de junio de 1998).

b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

Por ello -como decíamos en las SSTs. 10.7.2007 Y 20.7.2006 - la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatórios no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones.

Parámetro éste de valoración del testimonio que debe entenderse concurrente analizando las declaraciones de la menor, que ésta manifestara en el juicio oral que su madre le dijo que la iba a matar si decía algo, que la iba a coger del cuello y la iba a tirar al barranco; y sin embargo los peritos, antes referidos, manifestaron no tener constancia de esas amenazas de la madre hacia la niña y que no saben si la amenaza o no, que solo saben que ellas les decía que se estuviera quieta y que se dejase hacer, no debe considerarse especialmente relevante desde el momento en que los propios peritos aclararon que la niña contó lo que fue más traumático que es lo que le estaba pasando, y en los hechos probados solo se considera acreditado que la recurrente llegó a amenazar con pegar a la menor si contaba algo a su padre.

Asimismo que en el último informe pericial de 8.6.2006 las mismas peritos refieran como la menor mantiene como autor de estos hechos al que denomina " Gallina ", pero en esta ocasión nombra también al que denomina Felix (padre del Gallina) quien le pedía que le chupara sus partes, lo que es confirmado en el mismo informe por D^a Lidia (madre adoptiva de la menor) quien refirió a los peritos que la niña ya le había contado que Felix la tocaba y que a pesar de haber pasado tanto tiempo desde los hechos aún hoy la niña reaccionaba con mucho temor y nerviosismo cuando Felix pasaba, lo que lleva en las conclusiones de dicho informe a decir respecto al episodio con el que llama Felix, que no se puede afirmar su credibilidad o no, dado el tiempo transcurrido la no presencia de otras evaluaciones, sin embargo consideran que es altamente probable que haya vivenciado algo traumático con esta figura, dadas las reacciones emocionales y conductuales respecto a él, es cierto que no se han practicado diligencias para el esclarecimiento de estos hechos, lo que también es imputable a las propias defensas que en el juicio oral ninguna pregunta formularon respecto a los mismos, a la menor a Lidia , ni a las peritos informantes; pero ello no incide en la credibilidad de la menor en relación a los hechos que son objeto de enjuiciamiento, que en lo esencial siempre ha mantenido que mientras su madre Soledad y Lorenzo (alias " Moro ") mantenían relaciones sexuales desnudos delante de ella, el otro procesado Laureano (" Gallina "), también desnudo, le bajaba los pantalones y las braguitas y le decía que le chupase el pene, poniéndose en la boca, así como también se lo pasaba por el culito y por los órganos genitales.

En definitiva, los indicados criterios que no son condiciones objetivas de validez de la prueba, sino parámetros mínimos de contraste a que ha de someterse la declaración a la víctima, han quedado constatados en este caso cumplidamente, pues el relato de la menor fue lógica y persistente y corroborado objetivamente por los informes periciales e incluso por la versión de los acusados, que no niegan que acudían a la playa en que ocurrieron los hechos en compañía de la menor, la conclusión es que ha existido prueba de cargo utilizada en la sentencia para condenar (prueba existente); tal prueba fue traída al proceso con observancia de las normas legales y constitucionales; y fue practicada en el plenario con las garantías propias de este acto solemne (prueba lícita), y la de considerarse bastante para justificar el aspecto fáctico la condena aquí recurrida sobre la forma en que ocurrieron los hechos (prueba razonablemente suficiente).

Verificada la racionalidad de lo resuelto por el Tribunal sentenciador y la existencia de prueba de cargo que desvirtuó la presunción de inocencia, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO: El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 LECrim. por vulneración del art. 21.1 relación con el art. 20.1 CP . por entender que concurren los requisitos para apreciar la oligofrenia que padece la recurrente como una eximente incompleta y no como atenuante analógica.

Consecuentemente aunque el motivo se anuncia al amparo del art. 849.2 LECrim . error en la apreciación de la prueba, al formularlo por infracción de preceptos penales sustantivos, art. 21.1 y 20.1 CP , lo está haciendo al amparo del art. 849.1 LECrim .

El motivo debe ser estimado.

En primer lugar la sentencia de instancia se contradice en el fundamento jurídico quinto, pues tras decir que respecto de Soledad sí concurre la circunstancia atenuante 21.1 en relación con el 20.1 CP -esto es la eximente incompleta- algo en que coinciden en su calificación su defensa y el Ministerio Fiscal, tras transcribir la STS. de 25.4.2002 , concluye que concurre la circunstancia atenuante analógica.

Pronunciamiento éste que vulnera el principio acusatorio, cuanto debe significarse que este principio constituye una de las garantías esenciales del proceso penal con rango de derecho fundamental en cuanto la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala lo considera implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de toda indefensión, consagrados en el art. 24 C.E . junto con el derecho a que tiene todo acusado de ser informado de la acusación formulada contra él. Y debe también subrayarse que la efectividad y vigencia del principio acusatorio exigen, para evitar la prohibida indefensión, una correlación estricta entre el contenido de la acusación y el fallo de la sentencia. El Tribunal sentenciador tiene limitado su poder jurisdiccional a los términos de la acusación que no pueden ser superados en perjuicio del reo y se desbordaría ese límite infranqueable si se desatendiese la apreciación de una circunstancia atenuante o una eximente incompleta, como sucede en este caso, solicitada por la única parte acusadora. No es suficiente que la pena no supere la pedida por la acusación, resulta obligado, igualmente, la apreciación de la eximente incompleta, máxime cuando la sola sujeción a la pena lo sería a una indebidamente aplicada, ya que su determinación viene condicionada con la apreciación de una eximente incompleta que solicitó la acusación y que supuso una pena inferior en grado. Se ha vulnerado la necesaria correlación que debe existir entre acusación y fallo y el restablecimiento de la vigencia del principio acusatorio y la proscripción de toda indefensión exigen que se anule la sentencia de instancia, apreciándose la eximente incompleta toda vez que la determinación de la pena viene condicionada a la apreciación de dicha circunstancia que solicitó la acusación y que suponía una pena inferior en grado (véase STS de 4 de noviembre de 1.996 en supuesto idéntico al presente).

Este criterio jurisprudencial que declara la vulneración del Principio Acusatorio en supuestos como el presente y el correlativo derecho de defensa con proscripción de indefensión, cuenta con numerosos precedentes de los que puede destacarse como exponente la STS de 4 de marzo de 1.993 que subraya la íntima ligazón entre el Principio Acusatorio y el derecho de defensa en cuanto implica el derecho a ser informado de la acusación, de manera que "nadie puede defenderse, al menos con eficacia, de una acusación que desconoce o desconoce mal". En armonía con la citada sentencia, podemos afirmar que el Principio Acusatorio implica, también una congruencia entre la acusación y la condena, de tal manera que el Tribunal sentenciador, si bien puede introducir elementos paliativos de aquélla y que favorezcan al acusado, no puede, por el contrario, traer por propia iniciativa nuevos términos o calificaciones que agraven los de la acusación contra la que el reo ejerció su defensa, de modo que sorpresivamente se encuentre el acusado con la imputación de algo de que, al no estar recogido en los términos de la acusación de que fue informado, no pudo defenderse. Esta doctrina aparece rectamente aplicada en la jurisprudencia de esta Sala que proscribire toda posibilidad de que el Tribunal introduzca elementos o valoraciones jurídicas extraños a los términos de la acusación y que conduzcan a la apreciación de una agravante, no recogida en la calificación definitiva de las acusaciones (véanse, entre otras, sentencias de 7 de marzo, 6 de junio y 27 de diciembre de 1.991, 29 de mayo de 1.992, 23 de enero y 26 de abril de 1.993). "Mutatis mutandi", ha declarado que al estimar la Audiencia como simple *atenuante analógica del nº 1º del art. 9 del C.P .*, las que el Fiscal había calificado de eximente incompleta del nº 1º del propio artículo, en relación con el art. 8º.1º del mismo cuerpo legal, imponiéndolo así mayor pena que la pedida, violó el principio acusatorio incumpliendo el precepto constitucional que lo ampara (sentencia de 24 de septiembre de 1.990).

Análogamente la desestimación de una circunstancia atenuante apreciada por la acusación y aceptada por la defensa (y con mayor razón cuando tal circunstancia sea como calificada o eximente

incompleta) da lugar a aquella violación del principio acusatorio y crea una semejante situación de indefensión, pues es evidente que el acusado, ante una valoración favorable de su estado mental al cometer el delito, que el Fiscal -único acusador- reconoce, puede pensar (como Juez de su propio interés) que es innecesario hacer alegaciones sobre lo que las partes aceptan como hecho válido, no necesitando defenderse de la imputación de un nivel de imputabilidad superior que la acusación no le imputa. Resulta así que el Tribunal, al alterar la calificación de tal imputabilidad, en términos que no pudieron ser conocidos, objetados o rebatidos por el acusado, se apartó de su condición de juzgador imparcial, asumiendo funciones de acusador, al imputar al acusado una conducta más grave que la que le atribuía quien tiene la verdadera función acusadora en el proceso penal, violando con ello aquél el principio acusatorio y el de defensa. Es evidente que desestimar la concurrencia de una eximente incompleta que la acusación reconoce como concurrente, produce los mismos efectos que se producirían al haberse apreciado de oficio una agravante no alegada por la acusación, alterando sorpresivamente y en contra del acusado los términos de la misma.

En este sentido SSTS. 2351/2001 de 4.12 y 578/2008 de 30.9 , señalando esta última que la jurisprudencia de esta Sala al analizar el contenido esencial del principio acusatorio lo ha anudado al derecho de defensa.

El escrito de calificación, de la acusación y de la defensa, integra el objeto del proceso en el momento del enjuiciamiento.

Concretamente, el escrito de acusación limita el objeto del proceso de manera que el acusado, que conoce el contenido de ese escrito, limita su defensa al contenido de la acusación, sin que pueda esperar del Tribunal una calificación distinta de la postulada por la acusación, que representa el interés social, en el caso del Ministerio Fiscal, o el particular del perjudicado.

Así si la acusación contra el objeto del proceso con la existencia de una eximente incompleta, la defensa ya da por hecho su concurrencia, sin que deba plantear una actuación de defensa, postulando su concurrencia, previendo una hipotética actuación del tribunal en sentido contrario al expuesto por la acusación, pues esa actuación del Tribunal lesiona el derecho de defensa del acusado, quien conocía que la atenuación de la pena ya aparecía en el objeto del proceso planteada por la acusación y era un extremo no necesitado de prueba.

La consecuencia penológica derivada de la concurrencia de la eximente incompleta del *art. 21.1* en relación con el *art. 20.1 CP* , se ha de establecer eximente teniendo en cuenta:

-el delito de abuso sexual 181.1 y 2 y 182 CP. con penalidad de 4 a 10 años, al ser continuado, *art. 74.1 CP* , determina pena de 7 años y 1 día a 10 años.

- el delito de exhibicionismo del *art. 185*, con penalidad de 6 meses a 1 año, al ser continuado, *art. 74.1 CP* , determina una penalidad de 9 meses y 1 día a 1 año.

- rebajada la pena en un grado por ser preceptiva, *art. 68* , la pena sería en el delito continuado de abuso de 3 años y 6 meses a 7 años, y en el delito continuado de exhibicionismo de 4 meses y 15 días a 9 meses, *art. 70.1.2 CP* .

CUARTO: Claro es -como dijo la STS. 2351/2001 de 4.12 - que esta doctrina no debe interpretarse en términos tan absolutos e inflexibles que no permitan la excepción a fin de evitar que el Tribunal juzgador, al aplicar el Derecho, se vea obligado a asumir el eventual error de la parte acusadora (pública, popular o particular) cuando postula una atenuante o eximente sin base fáctica alguna que la fundamente, de tal suerte que en estos excepcionales supuestos el órgano jurisdiccional tenga por fuerza que dar validez legal a una manifiesta equivocación, respaldando una pretensión jurídica arbitraria y alega. Pero no es ésta la situación del caso presente, donde la eximente incompleta que solicita el Fiscal en sus conclusiones definitivas no obedece al mero arbitrio o a un acto de simple voluntarismo, sino que se deduce del resultado de la prueba obrante en las diligencias.

En efecto la oligofrenia, según se describe en la doctrina científica, constituye un trastorno permanente del individuo, producido en los momentos iniciales de su maduración y psicomática debido a factores diversos (congénitos o adquiridos) que se traduce en un déficit de todas o algunas estructuras orgánicas y por una perturbación de la vida instintiva, volitiva y afectiva, determinando un desarrollo de la personalidad en su globalidad.

Las manifestaciones clínicas del retraso mental son muy variadas atendiendo a la diversa etiología, si

bien los déficits más relevantes son los relativos a los procesos cognitivos, capacidad intelectual, aprendizaje del lenguaje y socialización.

Para su diagnóstico se recomienda disponer de cuanta información sea posible, no solo de las mediciones psicométricas de su inteligencia sino también de sus capacidades globales de adaptación al medio, autodeterminación y autonomía. En este sentido las mediciones expresadas en el cociente intelectual y en la edad mental del sujeto deben contemplarse únicamente como guía orientadora y no con criterios rígidos, pues a veces no basta considerar solo su cociente intelectual, sino que hay que tener también en cuenta la educación recibida, la edad física y particularmente el trato social que la persona ha mantenido.

El Manual diagnóstico Estadístico de los trastornos mentales de la American Psychiatric Association, en su cuarta y última revisión (DSM IV), en relación al retraso mental, establece cuatro grados de intensidad, de acuerdo con el nivel de insuficiencia intelectual, leve (o ligera), moderada, grave (o severa) y profunda.

Habrá retraso mental leve cuando el coeficiente intelectual se halle entre 50-55 y aproximadamente 70, el retraso mental será moderado cuando el coeficiente se halla entre 35-40 y 50.55, el retraso mental será grave cuando el coeficiente se halle entre 20- 25 y 35-40, y el retraso mental se considerará profundo cuando el coeficiente sea inferior a 20 ó 25.

Esta Sala ha dicho, STS, 139/2001 de 26.2 , que en supuestos de alteraciones perceptivas consecuencia de situaciones trascendentes de una causa de inimputabilidad la alteración debe proyectarse en relación con los hechos, de modo que en el plano normativo-valorativo, la alteración de la conciencia de la realidad debe ser grave, elementos que pueden servir de referencia para graduar su intensidad, eximente completa o incompleta, e incluso en supuestos de levedad la atenuante por analogía del *art. 21.6 CP* .

Igualmente, la jurisprudencia, SSTS. 587/2008 de 25.9, 2141/2001 de 17.10 , basándose en la psicometría y en test de personalidad e inteligencia, ha valorado la oligofrenia, distinguiendo:

a) La profunda o *idiocia* , con coeficiente no excede del 25%, y la edad mental es inferior a cuatro años por lo que determina una irresponsabilidad total.

b) La oligofrenia de mediana intensidad o imbecilidad en *la que el coeficiente entre el 26 y el 50%*; la edad mental entre los 4 y los 8 años, y en la que el sujeto es generalmente inimputable, si bien con imputabilidad *disminuida* en los límites superiores, con el juego de la eximente incompleta de enajenación mental, al poder adquirir nociones sobre las normas de comportamiento y poseer cierta capacidad de elección.

c) La oligofrenia mínima o *debilidad mental en la que el coeficiente entre el 51 y el 70%*, la edad mental *entre ocho y once años* y la responsabilidad penal se considera disminuida por el juego de una atenuante simple por analogía en función de su capacidad de desconocimiento sobre la trascendencia del acto ejecutado, u omitido, y de la percepción de la intimidación de la pena a él conminado.

d) Por último, los "bordelines" o simplemente torpes, esto es, aquellos cuyo coeficiente intelectual está por encima del 70% son consideradas generalmente imputables, salvo que actúen sobre aquel déficit otros elementos psicosomáticos o ambientales que, reforzándolo, permitan estimar obraron en un influjo reductor de su plena imputabilidad.

Ahora bien aun cuando todas las oligofrenias tienen el carácter de permanentes y como hemos expuesto no todos los supuestos incluidos en el término sociológico tienen la misma intensidad y consiguientemente la misma trascendencia penal para la que ha de tomarse en cuenta, genéricamente considerado, el grado o profundidad del déficit intelectual, - conviene no olvidar que el juicio de culpabilidad debe ser individual - las circunstancias del caso, ya que no es lo mismo la actuación del sujeto en una situación compleja y frente a un hecho cuya definición delictiva requiere conocimientos o valoraciones que requieren una reflexión y esfuerzo intelectual inexigible a quien tiene mermada su inteligencia, de la de quien conculca preceptos elementales, pertenecientes al inconsciente colectivo o impuestos por la experiencia y el saber cotidiano y cuya fundamentabilidad para la convivencia social hace que se imbuyan con el mero hecho de vivir en colectividad, incluso en forma subliminal o inconsciente, como son las normas del respeto a la vida humana o a la propiedad ajena o libertad e indemnidad sexuales. Esta Sala en los supuestos en que el oligofrénico es víctima de un abuso sexual, ha descartado la apreciación de la ausencia de consentimiento en los supuestos de debilidad mental moderada o leve (SSTS. 207/93 de 9.2, 118/94 de

24.1, 1155/97 de 13.11), por estimar que en estos casos no se cuenta anulada la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo, no pudiendo hablarse de una pérdida o inhibición de las facultades cognoscitivas o volitivas de la medida adecuada para discernir la importancia, consecuencia y trascendencia ética o social, siendo consciente de lo que implica el acto sexual con las limitaciones propias del déficit intelectual que padece.

En definitiva se debe relacionar el posible conocimiento y conciencia del hecho y de su significado con su "mayor o menor elementabilidad y facilidad para advertir su ilicitud" (STS. 722/2004 de 3.69 , teniendo en cuenta las circunstancias del caso, su complejidad, el acompañamiento, esfuerzo intelectual exigible, socialización, aprendizaje, respeto a las normas de convivencia, etc. Que nos presentaron al sujeto en su concreta situación (SSTS. 28.2.2001, 13.12.94, 24.10.91).

En el caso presente, la Sala de instancia considera probado, a la vista de las periciales obrantes en autos -informes periciales medico forense de 10.4 y 11.9.2002- que Soledad sufre una oligofrenia leve moderada que "mermaba bastante su capacidad volitiva y disminuía sus capacidades cognitivas", oligofrenia leve que equivale a un coeficiente intelectual de entre 50 y 55 y que califica como atenuante analógica y no como eximente incompleta, pero olvida que es casuísticamente como ha de determinarse el grado de imputabilidad, valorándose las circunstancias del caso, su complejidad, socialización, aprendizaje, respeto a las normas de convivencia, etc, que nos presentarán al enfermo en su concreta situación (STS. 188 /2001 de 8.2), y en el supuesto enjuiciado en el informe pericial de 10.4.2002, se recogen datos tan significativos como que no sabe leer ni escribir, no es capaz de contar del 10 a 11 y no sabe sumar, y en el plenario al ratificar el informe el perito, hizo importantes precisiones como que era una persona que tiene un déficit cognitivo importante con edad mental de 6 a 7 -esto es, en los límites de la oligofrenia mediana o imbecilidad-, que no tiene control de sus funciones primarias; que es como un niño pequeño que no quiere que le cojan en una mentira, persona fácilmente influenciable y manipulable, con capacidad volitiva mermada.

En base a ello, esta Sala, teniendo en cuenta, además, que su responsabilidad en el delito más grave, abuso sexual continuado cometido por un tercero en la persona de la hija menor, deriva de no haber evitado, pudiendo hacerlo, que aquél cometiera el delito, participación por omisión, dada su posición de garante en base al deber de toda madre de velar por su hijo (*art. 154 C. civil*), lo que denota una participación que no deja de ser compleja jurídicamente, con dificultad para advertir su ilicitud, considera que debió aplicarse la eximente incompleta del *art. 21.1 en relación con el 20.1 CP*, postulada por el Ministerio Fiscal.

Estimación del motivo que hace superfluo el examen del motivo tercero **por infracción de Ley y de precepto constitucional, fundamentado en el art. 5.4 LOPJ , por haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva**, al no haberse ampliado el informe medico forense tal como se aconsejó por dicho perito en el acto del juicio oral.

RECURSO INTERPUESTO POR Laureano

QUINTO: El motivo primero por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim. en relación con el art. 24.1 CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con los hechos del "factum" calificados como un delito de abusos sexuales continuados respecto de Azucena , consistentes en la realización por la menor de una o varias felaciones al recurrente de sustento probatorio en el acto del juicio oral en cuanto al hecho mismo del acto sexual referido, porque el hecho nuclear de la acusación, intentos de penetraciones anales y vaginales así como felaciones o intento de las mismas, no fueron objeto de interrogatorio contradictorio en el plenario.

Asimismo cuestiona la declaración de la menor, única prueba para sustentar el delito de abusos sexuales del factum y la imprecisión y ambigüedad del relato de hechos en el Plenario en cuanto a quien le metió el pene en la boca, si fue Laureano " Gallina " o Felix.

El motivo en cuanto plantea cuestiones similares al ordinal primero del recurso interpuesto por la anterior recurrente, Soledad , deviene improsperable, dando por reproducido lo allí argumentado en orden a la validez del testimonio de la menor y la compatibilidad de los abusos imputados al recurrente con la posible existencia de actuaciones similares por parte de una tercera persona (Felix); y respecto a que el hecho nuclear de la acusación no fue introducido en el plenario, carece de cualquier fundamento, pues tal como se recoge en el acta del juicio y se razona en la sentencia impugnada (FJ. Segundo) a preguntas de la misma Sala la menor respondió que el recurrente le pedía que le chupara el peno, poniéndoselo en la boca, que se lo ponía por delante y por detrás, que le rozaba y que le metía el pene en la boca, manifestaciones que la Sala califica como de "escalofrantes".

El motivo se desestima.

SEXTO: El motivo segundo por infracción de Ley y de precepto constitucional, fundamentado en el art. 5.4 LOPJ . por haberse vulnerado el derecho a una tutela judicial efectiva, habida cuenta de la no aplicación por parte del juzgador de instancia de la norma más favorable, en atención al principio in dubio pro reo, al existir dudas razonables de la autoría atribuida a Laureano , dado que el informe pericial hace referencia a una autoría de una tercera persona, sin que se hayan solicitado diligencias por parte del Ministerio Fiscal ni por la acusación particular para el esclarecimiento de los hechos, lo cual entraña una duda razonable respecto de los otros episodios habidos en su día por la niña y su tía.

El motivo deviene improsperable.

Aunque durante algún tiempo la jurisprudencia ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que, en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy día, la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien sólo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y los haya resuelto en contra del acusado (SSTS. 677/2006 de 27.6, 548/2005 de 12.5, 1061/2004 de 28.9, 836/2004 de 5.7, 479/2003 de 31.3, 2295/2001 de 4.12, 1125/2001 de 12.7).

En este sentido debe señalarse que este principio es una condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso, de forma que si no es plena la convicción judicial se impone el fallo absolutorio.

Es decir, que la significación del principio "in dubio pro reo" en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación dirigida al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal (STS. 15.5.93 y 30.10.95) por lo que resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el art. 741 LECrim ., llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de un bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones inculpatórias llevadas a la resolución. Como precisa la STS. 27.4.98 el principio "in dubio pro reo", no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido inculpatório, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, esto es, en las condiciones de un proceso justo.

En definitiva, a pesar de la íntima relación que guardan el derecho de presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio in dubio pro reo solo entra en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia.

Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter inculpatório de las pruebas practicadas (SSTS. 1.3.93, 5.12.2000, 20.3.2002, 18.1.2002, 25.4.2003). Por ello no puede equipararse la duda externamente derivada de existir dos versiones contrapuestas -como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole- a la que nazca en el ánimo del Juez, cuando oídas por el directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que solo y exclusivamente en ese momento decisivo debe atenderse al principio pro reo, inoperante cuando el Juez ha quedado convencido de la mayor veracidad de una de las versiones, es decir, que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuente en el proceso penal, el Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad de los denunciados cual acontece en el caso que nos ocupa.

RECURSO INTERPUESTO POR Lorenzo

SEPTIMO: El motivo primero al amparo del art. 849.1 LECrim . en relación con el art. 5.4 por vulneración del art. 24 Ce . en relación al derecho a la presunción de inocencia, al existir una

insuficiencia probatoria para la condena del recurrente, por cuanto la única prueba en realidad utilizada ha sido el testimonio de la menor Azucena , que no cumple con los requisitos jurisprudenciales de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación, sin que haya prueba de que el recurrente hubiera presenciado los posibles abusos que hubiera podido sufrir la menor, y no hubiera hecho nada para evitarlos, ni que este hubiera hecho exhibición alguna de carácter sexual delante de la menor.

El motivo en cuanto coincide con el primero del recurso interpuesto por Soledad debe ser desestimado por cuanto el testimonio de la menor que la Sala plasma en el Fundamento Jurídico primero fue claro en el sentido de que prácticamente todos los días sobre las tres de la tarde iban a la playa los tres acusados con ella -que entonces tenía solo cinco años- y todos desnudos, mantenían relaciones sexuales Soledad y el hoy recurrente Lorenzo conocido como " Moro ".

OCTAVO: El motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECrim . en relación con el art. 5.4 LOPJ . por vulneración del art. 24 Ce . en relación al derecho a la presunción de inocencia, en relación con el delito del art. 185 CP , pro cuanto aun cuando se hubiera producido una relación sexual en presencia de una menor, la niña nunca puso de manifiesto que se la involucrara por parte del recurrente, ni de su pareja, si la relación sexual que ellos pudieran estar manteniendo, sin que en ningún momento diga que ninguno de los dos la invitara a mirar o participar en modo alguno, ni que por tanto, exista necesaria conexión entre los supuestos abusos sufridos por la menor con la conducta de la pareja.

El motivo se desestima.

En el tipo del *art. 185* no es exigible un dolo específico de involucrar al menor en su contexto sexual, basta simplemente que se realice esa conducta a su vista. El bien jurídico protegido no es otro que el derecho del menor a no sufrir injerencias no deseadas en una esfera de la intimidad tan exclusiva de su persona, a no verse por tanto, inmersa en una acción o escena sin su consentimiento, con posible perjuicio en su indemnidad sexual y en el ejercicio futuro de su libertad en este aspecto de su intimidad.

Debe señalarse que el precepto, el *art. 185 CP* , en contra de lo que ocurría con sus precedentes legislativos, no trata ya de proteger la decencia pública, el pudor, como concepto general, sino que actualmente tiende a proteger a la infancia, pues, tratándose de personas cuya personalidad se encuentra aun en formación, la contemplación o la realización de actos de elevada proyección sexual o erótica -realización del acto sexual desnudos en presencia de la menor -puede serles tremendamente perjudicial, incluso traumáticos, en su desarrollo evolutivo, dado que no cuentan con móviles de desarrollo, habilidades psicológicas o madurez adecuada para manejar la situación o cuadro sensorial que determinada realidad les impone, es decir, para establecer, sin perjuicio propio y en su justa medida, el alcance y significado de su contexto determinado en que se ven inmersos. Se protege al menor, por ello, de una descarga cognitiva que evolutivamente no puede asimilar, pues aunque, ciertamente, para personas mayores de edad, aunque no tengan por qué soportar estos excesos, los actos de referencia pueden resultar indiferentes e incluso patéticos, cuando de una menor se trata se pone en juego su equilibrio psíquico, sus parámetros valorativos y en suma, su adecuado desarrollo y maduración personal.

En esta medida, bastará con la constancia de que los hechos se han realizado de modo que inevitablemente, han sido contemplados por la menor, lo que se podía acreditar, por la exploración de dicha menor y por la confrontación de las circunstancias periféricas -todos desnudos en una caseta de reducidas dimensiones-.

El motivo por lo expuesto, se desestima.

NOVENO: El motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida del art. 185 CP ., al no tener en cuenta el dolo específico de involucrar a la menor en el acto sexual por el mantenido, actuar doloso, que no descarta la imprudencia, el descuido, la despreocupación, aunque ésta sea extrema y repugne al común de las personas.

El motivo articulado por la vía del *art. 849.1 LECrim* . infracción de precepto penal sustantivo, reproduce lo ya argumentado en el motivo anterior por vulneración de precepto constitucional, en orden a la falta del elemento subjetivo, por lo que debe seguir igual suerte desestimatoria, por cuanto si bien el delito del *art. 185* exige que la conducta sea dolosa o intencional, no se exige, en cambio, un elemento subjetivo del injusto especialmente determinado, como atentar contra la formación o educación de la menor, aunque tal finalidad -decíamos en la STS. 51/2008 de 6.2 - está insita en el reproche penal que fundamental tal precepto, cuyo bien jurídico -se insiste- protegido es la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores,

esto es, un conglomerado de intereses y valores: La preocupación o interés porque los menores tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y su bienestar psíquico, esto es, el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad. Y en el caso presente, la realización de la conducta de forma reiterada en el mismo lugar en presencia de la niña -no un episodio aislado-, permite rechazar ese descuido o despreocupación y hace posible inferir el dolo inherente al delito de exhibicionismo.

DECIMO: Estimándose parcialmente el recurso interpuesto por Soledad , se declaran de oficio las costas de su recurso, y desestimándose los planteados por Laureano Y Lorenzo se les condena a las costas de sus respectivos recursos (*art. 901 LECrim .*).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación**, interpuesto por **Soledad** , contra sentencia de 20 de junio de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Primera, en causa seguida contra la misma y otros por abusos sexuales, exhibicionismo y omisión del deber de impedir delitos, y en su virtud **CASAMOS Y ANULAMOS** dicha resolución, dictando nueva sentencia más conforme a derecho, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Y debemos **declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación**, interpuestos por **Laureano y Lorenzo** , contra referida sentencia, con condena a cada uno de ellos de las costas de sus respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Carlos Granados Perez D. Julian Sanchez Melgar D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro D. Joaquin Delgado Garcia**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Octubre de dos mil nueve

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Santa María de Guía de Gran Canaria, y fallada posteriormente por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas; y que fue seguida por delitos de abusos sexuales y exhibicionismo contra: Laureano , con DNI. NUM002 , nacido en Santa ç de Guia, el 17.8.1962, hijo de Juan y Teodora, Soledad , con DNI. NUM000 , natural de Santa María de Guia, hija de Isidro y Pino, y Lorenzo , con DNI. NUM001 , hijo de José y Ana, natural de Santa María de Guia; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan incluyendo los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha razonado en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia precedente concurre en Soledad la eximente incompleta del *art. 21.1* en relación con el *art. 20.1 CP* . en base a la oligofrenia que padece, siendo procedente, en aplicación de lo dispuesto en el *art. 68 CP* . rebajar en un grado las penas que le han sido impuestas por los delitos continuados de abuso sexual (cooperadora) y de exhibicionismo y la imposición por el primer delito la pena de 3 años, y 6 meses prisión y 4 meses y 15 días prisión por el segundo, manteniendo la medida de seguridad de internamiento por tiempo de 7 años, medida cuya procedencia y extensión no ha sido cuestionada en esta vía casacional, *art. 104 CP* , estándose, en cuanto a su cumplimiento, a las previsiones del *art. 99 CP* .

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Primera, de fecha 20 de junio de 2008 , **debemos condenar a Soledad** como cooperadora necesaria de un delito continuado de abuso sexual y autora de un delito de exhibicionismo, concurriendo la eximente incompleta de enajenación mental a las penas de **3 años y 6 meses prisión por el primero, y 4 meses y 15 días prisión por el segundo** , con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Carlos Granados Perez D. Julian Sanchez Melgar D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro D. Joaquin Delgado Garcia**

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.