



Roj: **STS 1405/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1405**

Id Cendoj: **28079120012021100326**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/04/2021**

Nº de Recurso: **10759/2020**

Nº de Resolución: **329/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 329/2021

Fecha de sentencia: 22/04/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10759/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/04/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10759/2020 P

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 329/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D.^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D.^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 22 de abril de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación 10759/20 por infracción de ley interpuesto por D. Nemesio representado por la procuradora D^a Rosa M^a García Bardón bajo la dirección letrada de D. Justo Rojo Pérez, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Rollo Apelac. 277/2020) de fecha 29 de octubre de 2020 que desestimaba la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 15, Sumario 128/19) de fecha 15 de junio de 2020. Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal y D^a Mónica representada por la procuradora D^a Beatriz Verdasco Cediel bajo la dirección letrada de D^a Raquel Uría Otero, ejerciendo la acusación particular.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto num. 2 de DIRECCION000 incoó sumario 377/2018, por delito de agresión sexual continuada y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 15 Rollo 128/19), que con fecha 15 de junio de 2020, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOSPROBADOS**:"PRIMERO.- Probado y así se declara que: En fechas no determinadas pero, en todo caso entre el año 2015 y 2018 Nemesio , mayor de edad, nacional de Rumania con NIE n° NUM000 , residía en la PLAZA000 n° NUM001 de DIRECCION001 junto con su cónyuge D^a Mónica , y sus tres hijas menores de edad, Antonieta , Beatriz y Celsa , las cuales en el año 2015, tenían 12,11 y 9 años de edad respectivamente, en cuanto nacidas el NUM002 de 2002, el NUM003 de 2003 y el NUM004 de 2005. Nemesio aprovechando que su cónyuge salía temprano a trabajar y abandonaba el domicilio común sobre las 6'00 horas de la mañana, con ánimo libidinoso y de forma reiterada y continuada, acudía al dormitorio común donde dormían las tres menores, despertaba a su hija Antonieta , que en aquél momento tenía 12 años y la llevaba al dormitorio conyugal. Una vez allí le hacía quitarse la ropa, le tumbaba en la cama, le tocaba el pecho y los genitales y frotaba sus genitales contra el cuerpo de ella. En otras ocasiones obligaba a la menor a cogerle el pene en la vagina hasta eyacular, o le tocaba con su dedo en la vagina.

Nemesio utilizaba excusas para propiciar dichos encuentros en solitario con su hija Antonieta , bien despertándole mientras sus otras hijas menores dormían o bien diciéndoles que se fueran adelantando antes al colegio o dándoles dinero para que salieran a hacer algún recado, todo ello con la intención de quedarse a solas con Antonieta y doblegarla para conseguir su propósito, diciéndole que algo malo le ocurriría si lo contaba y que nadie la iba a creer, inspirando temor en la menor, quien accedía a sus pretensiones, repitiendo esta conducta con ella, dos o tres veces por semana hasta llegar a 2017.

SEGUNDO.- Entre los meses de noviembre y diciembre, del año 2017, en fecha no concreta Nemesio , cuando Antonieta tenía ya 15 años, fue a la habitación de las menores sobre las 6'30 horas de la madrugada, aprovechando de nuevo que su cónyuge había salido del domicilio para acudir al trabajo, y despertó a su hija Antonieta para llevarla a su habitación. Una vez allí, la desnudó, la tumbó en su cama, se puso encima de ella, le abrió las piernas y le introdujo completamente su pene en la vagina hasta eyacular.

TERCERO.- Igualmente durante los años 2015 a 2018, Nemesio , y no sólo a Antonieta sino también respecto de sus otras dos hijas menores de edad, Beatriz y Celsa actuando con igual ánimo libidinoso y de forma reiterada, les realizaba tocamientos por encima de la ropa, apretándoles sus pechos; así como los glúteos y si podía, pues las menores trataban de impedirlo, sus vaginas, actuando como si se tratara de una broma, cuando en realidad el acusado satisfacía así sus instintos sexuales y ocasionaba un daño psicológico así como emocional a las menores.

CUARTO.- Nemesio actuaba utilizando la influencia que sobre las menores ejercía dada la relación de confianza por la relación paterno-filial que les unía.

QUINTO.- Como, consecuencia de estos hechos Antonieta sufre DIRECCION002 postraumático en remisión parcial e impacto directo en su esfera íntima y sexual.

Beatriz refleja sintomatología de ansiedad y manifestaciones psicósomáticas que relaciona con el conflicto con impacto sobre su nivel de funcionamiento cotidiano.

Celsa , no manifiesta sintomatología psicopatológica de entidad clínica.

Nemesio se encuentra privado de libertad por estos hechos desde el 8 de febrero de 2018, y en situación de prisión provisional en virtud de auto de fecha de 9 de febrero de 2018 dictado por el Juzgado de Instrucción n°1 de DIRECCION000 y prorrogada por ésta Sección por Auto de 28 de enero de 2020".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Nemesio como autor penalmente responsable de un delito de AGRESIÓN SEXUAL, anteriormente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a



la pena de QUINCE AÑOS DE PRISIÓN con la de inhabilitación absoluta durante igual tiempo y la medida de libertad vigilada consistente en las prohibiciones de aproximarse a menos de quinientos metros de Antonieta , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentre y de comunicarse con ella por cualquier medio durante DIEZ AÑOS, y en la obligación de participar en programas de educación sexual durante diez años, así como a la inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de DIECIOCHO AÑOS.

SE PROHIBE Nemesio aproximarse a menos de quinientos metros de Antonieta ., su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentre y de comunicarse con ella por cualquier medio durante DIECISÉIS AÑOS.

En concepto de responsabilidad civil Nemesio deberá indemnizar a Antonieta en la cantidad de QUINCE MIL EUROS por los perjuicios causados, con aplicación del interés legal del artículo 576 de la LEC.

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Nemesio como autor penalmente responsable de DOS DELITOS de ABUSO SEXUAL, anteriormente definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, por cada uno de ellos, de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, con la de inhabilitación absoluta durante igual tiempo y la medida de libertad vigilada consistente en las prohibiciones de aproximarse a menos de quinientos metros de Beatriz y Celsa , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentren y de comunicarse con ellas por cualquier medio, o procedimiento durante DIEZ AÑOS y en la obligación de participar en programas de educación sexual, así como a la inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de NUEVE AÑOS.

SE PROHIBE Nemesio a aproximarse a menos de quinientos metros de Beatriz y a Celsa ., sus domicilios, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentren y de comunicarse con ella por cualquier medio durante SIETE AÑOS.

ACORDAMOS la privación de la patria potestad de Nemesio por tiempo de UN AÑO en relación con Beatriz , y respecto de Celsa por tiempo de CINCO AÑOS

En concepto de responsabilidad civil Nemesio deberá indemnizar a la representante legal de las menores Beatriz y Celsa en la cantidad de CINCO MIL EUROS a cada una, por los perjuicios causados, con aplicación del interés legal del artículo 576 de la LEC.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

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

Notifíquese esta resolución a los ofendidos y perjudicados por el delito aunque no se hayan mostrado como parte en la causa.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D. Nemesio dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (apelac. 277/20), con fecha 29 de octubre de 2020 y cuya parte dispositiva es la siguiente: "DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María García Bardón en nombre de Nemesio .

CONFIRMAMOS la sentencia núm. 214/20, dictada en 15 de junio de 2020 por la Sección 15' de la Audiencia Provincial de Madrid.

DECLARAMOS LAS COSTAS DE OFICIO".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Nemesio , 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.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del artículo 859 nº1 de la LECRIM, por infracción de los artículos 11.1 de la LOPJ, así como de los artículos 14 y 24 de la C.E. en relación con el artículo 416 de LECRIM.

2º.- Por infracción de Ley, del artículo 728 de la LECRIM y 24 de la CE.

3º.- Por infracción de ley, de los artículos 218 LEC y 24 de la CE.



4º.- Por error en la valoración de la prueba, así como omisión de valoración de pruebas solicitadas por las partes, e infracción del artículo 217 de la LEC.

5º.- Infracción del artículo 218 de la LEC incongruencia omisiva

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

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 21 de abril de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El primer motivo de recurso denuncia infracción del artículo 11.1 LOPJ en relación con los artículos 14 y 24 CE y con el 416 de LECRIM.

Sostiene el recurrente que las declaraciones testificales de las menores concernidas, hijas del acusado, habrían de considerarse nulas en cuanto que no estuvieron precedidas de la preceptiva advertencia del artículo 416 LECRIM. Que cuando se preconstituyó su testifical, las tres gozaban de suficiente madurez pues contaban, respectivamente, con 16,15 y 13 años. Invoca en apoyo de sus tesis la doctrina contenida en la SSTS 209/2017, de 28 de marzo; 367/2017, de 19 de mayo; y 205/2018, de 25 de abril. Concluye que este Tribunal Supremo viene señalando los 12 años como edad a partir de la cual se puede presumir madurez suficiente ya que es la edad en la que los menores no solo han de ser necesariamente oídos en los procedimientos de separación y divorcio de sus progenitores (artículo 700 LEC), sino que también a partir de esa edad biológica el menor ha de consentir su adopción (artículo 177 CC), sin que sea necesaria una valoración añadida. Considera igualmente que no es aplicable en este caso la doctrina del Pleno de 24 de abril de 2013, según el cual la exención del artículo 416 no afecta a quien actúa en el proceso como acusación particular, ya que la madre se encontraba personada en las actuaciones en su nombre, y no en el de sus hijas. Que los derechos regulados en los artículos 416, 417 y 418 de la LECRIM son derechos personalísimos y por definición solo puede ser ejercidos o desistidos por los titulares de los mismos, en este caso las menores por sí mismas, sin depender de los actos de la madre. Con apoyo en todo ello concluye que tales declaraciones no podrían ser tomadas en consideración como medio de prueba.

1. La cuestión ya fue suscitada en el recurso de apelación que precedió al que ahora nos ocupa, y desestimada por la sentencia recurrida. Explicó la misma que las tres hijas del acusado fueron exploradas en fase de instrucción en condiciones de contradicción que permitieran que, en su caso, tal declaración se introdujera en el plenario como prueba preconstituida, lo que así ocurrió respecto a las dos más pequeñas. A ninguna de ellas se le hizo la advertencia del artículo 416 CP, aunque sí a su madre, que intervenía en el proceso como acusación particular. Posteriormente, si bien la mayor de las jóvenes declaró personalmente y convenientemente instruida del artículo 416 LECRIM en el acto del juicio al haber alcanzado a esa fecha la mayoría de edad, no así sus hermanas, cuya declaración sumarial se introdujo por vía del artículo 730 LECRIM, sin que mediara intervención personal de las jóvenes.

La necesidad de que los menores, una vez alcancen un cierto nivel de madurez, sean directamente advertidos de la posibilidad de guardar silencio derivada de su relación de parentesco ex artículo 416 LECRIM, ha sido afirmada por esta Sala en las resoluciones que el recurso invoca y en alguna otra. Lo dijimos en la STS 209/2017 de 28 de marzo, a la que, con mayor o menor amplitud, se remiten las posteriores SSTS 367/2017, de 19 de mayo y 205/2018, de 25 de abril. Y lo había dicho antes la STS 699/2014, de 28 de octubre, aunque en este último caso, ante la corta edad del pequeño afectado, 8 años, se rechazó que tuviera la suficiente madurez y se reconoció la potestad de la madre, personada como acusación particular y, en consecuencia, excluida del ámbito de aplicación del 416 LECRIM, para asumir esa decisión. En el mismo sentido y en un supuesto muy similar se pronunció la STS 730/2018, de 1 de febrero de 2019.

En la STS 209/2007, de 28 de marzo, tras exponer la doctrina de esta sala respecto al alcance de la dispensa a declarar sustentada en el 416 LECRIM, que aunque posteriormente modulada sobre todo en la afectación que para la misma supone el ejercicio de la acusación particular (Acuerdo de Pleno de 23 de enero 2018 y STS Pleno, 389/2020, de 10 de julio, en aspectos que en este momento no nos afectan), señaló "El estatuto jurídico del menor conformado a partir del Código Civil y la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (recientemente reformados ambos textos por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), invitan a entender, como dijimos en la sentencia que acabamos de citar, que el acceso a la dispensa de declarar que incorpora al artículo 416.1 LECRIM no está supeditado a la mayoría de edad. El menor tiene derecho a ser oído y a que su opinión se tome en consideración en función de su edad y su madurez.

No es fácil fijar una edad a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez.



Dentro del marco general que delimitan el artículo 162 CC, que reconoce a los menores capacidad por sí mismos para los actos relativos a sus derechos de la personalidad en el momento en que adquieran suficiente madurez; y los artículos 152 CC, 2 y 9 LORJM que proclaman el derecho de los menores a ser oídos y a que se tomen en consideración sus opiniones en función de su edad y grado de madurez, el déficit de capacidad derivado de la minoría de edad no goza de un tratamiento unitario en nuestro sistema legal.

Así, con 12 años el menor no solo ha de ser necesariamente oído en los procedimientos de separación y divorcio de sus progenitores (artículo 700 LEC), sino que también a partir de esa edad biológica el menor ha de consentir su adopción (artículo 177 CC). Los mayores de 14 años pueden testar (artículo 663 CC), y el de 16 años se puede consentir la emancipación y el emancipado, a su vez, puede contraer matrimonio (artículo 317 y 46 CC).

El consentimiento previsto en el artículo 9 de la Ley reguladora de la autonomía del paciente, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, corresponde al mayor de 16 años que no tengan su capacidad modificada judicialmente y sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, salvo en caso de actuaciones de grave riesgo para su vida e integridad, supuestos estos en los que en todo caso habrá de manifestar su opinión.

Por su parte, el Código Penal, tras la reforma operada por la LO 1/2015 reconoce a los mayores de 16 años capacidad para consentir libremente relaciones sexuales, aunque en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y los relativos a la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de menores, el dintel cronológico de protección se eleva a la mayoría de edad.

Bastan los ejemplos expuestos para ilustrar por qué decíamos que la edad no recibe un tratamiento unitario en nuestro ordenamiento jurídico. En cualquier caso, resulta incuestionable la obligación legal de oír a los menores en aquellos aspectos que les afecten y de tomar en consideración su opinión "en función de su edad y madurez" (artículo 9 LORJM), lo que inevitablemente exige, además de la constatación de la edad biológica, un ejercicio de ponderación sobre su nivel de desarrollo emocional e intelectual y su capacidad para contrapesar los intereses en juego, en definitiva, para decidir de manera libre y responsable.

Podrá discutirse cual sea ese límite de edad en los casos en que no esté expresamente previsto. Si cabe fijar un esquema más o menos rígido, o analizar en cada supuesto la edad recomendable en atención a la envergadura de la decisión. En cualquier caso, siempre será necesario un ejercicio de ponderación sobre el nivel de madurez del concernido. En el caso se entendió "Y cualquiera que sea la opción por la que nos decantemos, no cabe duda de que una joven de 17 años, cuya capacidad no está judicialmente modificada, que ha entendido el alcance de la advertencia que se le efectuó y sus consecuencias, reúne las condiciones no solo para ser oída, sino también para que su opinión libremente formada se respete en los aspectos que a ella afectan. Y en lo que ahora nos atañe, a decidir acerca de la dispensa de declarar en contra del acusado que el artículo 416 LECrim reconoce por razón de parentesco".

A tenor de la doctrina expuesta, no puede afirmarse con la contundencia que lo hace el recurso, que este Tribunal en sede penal se haya decantado por considerar los 12 años como umbral de la madurez de quien ha de declarar en un proceso en relación con un pariente de los abarcados por el artículo 416 LECRIM. Es una cuestión, y así lo hemos dicho, que no puede quedar exenta de ponderación respecto las particulares circunstancias y condiciones del menor, sin restar relevancia al hecho de que el propio ordenamiento procesal civil imponga como preceptiva a partir de esa edad que los menores sean escuchados en procedimientos de familia o hayan de consentir su propia adopción. A partir de la pauta que tal previsión ofrece, podría entenderse como razonable residenciar la presunción madurez en la horquilla de edad que oscila entre los 12 y los 14 años, a salvo de que concurran especiales circunstancias que revelen esa edad biológica como prematura.

Los 14 años son tomados como referencia en el proyecto de LO de "Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia", aprobado hace escasas fechas en el Congreso y pendiente de su tramitación ante la Cámara Alta, como umbral por debajo del cual parece interpretar el legislador que la comparecencia en juicio conlleva un riesgo de victimización secundaria. Así debe entenderse a partir del diseño de un sistema de exploraciones preconstituidas de los testigos menores de esa edad cuando sean víctimas, entre otros, de delitos contra la libertad sexual, acotando su presencia en juicio a supuestos excepcionales. Este mismo texto, que proclama como uno de sus fines reforzar el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, escuchados y tenidos en cuenta en contextos de violencia contra ellos, proyecta también modulaciones en la dispensa del artículo 416 LECRIM en relación a los testigos menores, que queda supeditada a que, por su edad, puedan comprender el sentido de la dispensa, lo que con facilidad nos coloca en la indicada franja que oscila entre los 12 y los 14 años como momento a partir del cual resulta necesaria tal ponderación.

2. El Tribunal de instancia entendió, y el de apelación avaló, que la falta de advertencia en relación a la dispensa por parentesco era inocua al tratarse de menores personadas en la causa como acusación particular a través de su madre, posición procesal que impedía a ésta, y por extensión a aquellas, la posibilidad de acogerse al



silenció. Invocaron en apoyo de su decisión las SSTs 730/2018, de 1 de febrero de 2019, y la 699/2014, de 28 de octubre. Efectivamente esas dos sentencias eximieron el deber de advertencia en los casos en que la víctima no tiene la suficiente madurez, cuando la madre, como legítima representante legal de la misma, toma la decisión de denunciar y personarse en la causa como acusación particular. Pero su virtualidad como precedente queda muy desdibujada pues ambas se refieren al testimonio de sendos menores de 8 años, edad que desde cualquier prisma queda por debajo del umbral a partir del que cabe presumir madurez.

En nuestro caso, ningún óbice entorpece el acceso a la declaración de la mayor de las tres hermanas afectadas por los hechos. Al haber alcanzado a la fecha del juicio la mayoría de edad, intervino en el mismo personalmente como testigo, fue instruida del artículo 416 LECRIM, confirmando su decisión de declarar.

No ocurre lo mismo con sus hermanas, que contaban 13 y 15 años cuando se preconstituyó su declaración. Cabría pensar que ya en esa fecha, sobre todo la mayor de las dos, gozaba de suficiente madurez para posicionarse respecto a la dispensa que le afectaba. Pero aunque así no fuera, a falta de constatación de cualquier circunstancia específica que hubiera lastrado su respectivo proceso evolutivo, a la fecha del juicio, con 15 y 17, debieron ser personalmente advertidas o por lo menos hubo de ponderarse esa posibilidad. La decisión de personarse en su nombre la adoptó la madre como legítima representante legal. Pero alcanzado un estado de madurez suficiente para decidir personalmente sobre la posibilidad de acogerse o no a la dispensa, la previa opción de la madre no les puede privar de la capacidad de elegir por sí mismas. Así lo hemos dicho en las SSTs 209/2007, de 28 de marzo y STS 205/2018, de 25 de abril. En palabras de esta última, cuando se trata de quienes cabe predicar suficiente madurez para alcanzar a comprender el alcance de la dispensa, la decisión materna "no se les arrebató esa facultad por el hecho de que su madre se personase en nombre de ellos siendo menores". "Incluso si la madre hubiese permanecido como acusación particular, los hijos, ya maduros o mayores, conservan la facultad para decidir por sí y con autonomía sobre la posibilidad de declarar o no. No se les arrebató esa facultad por el hecho de que su madre se personase en nombre de ellos siendo menores".

Cierto es que estas dos jóvenes, a diferencia de su hermana mayor, no intervinieron en el juicio personalmente, pero no por ello se desvanece el efecto de tal deficiencia, pues no eran testigos de imposible localización, no fue esa la razón de que se introdujera la declaración prestada en instrucción. De hecho habían sido citadas a tal fin, por lo que de alguna manera, cuidando de evitar su revictimación, y apurando los resortes que el ordenamiento jurídico ofrece a tal fin, se debió, previa ponderación acerca de su capacidad de comprensión sobre el alcance de la dispensa, interesar su parecer respecto al ejercicio de su derecho a no declarar en contra de su progenitor, que en caso de ser acogido vetaba la posibilidad de que sus previas declaraciones fueran rescatadas.

Siendo así, sus exploraciones en fase de instrucción, pese a haberse practicados con las garantías de contradicción, no pueden ser valoradas, lo que no puede interpretarse como causa para anular el juicio.

3. La sentencia de apelación trató de apuntalar la desestimación del recurso en este extremo, poniendo en valor que la defensa del acusado consintió en instrucción que no se efectuara a las jóvenes la correspondiente advertencia.

Ni corresponde a la defensa del acusado velar que la prueba de cargo se conforme de forma inobjetable, ni puede tacharse de ilegítima o extemporánea la estrategia de defensa que cuestiona los presupuestos de legalidad al objeto de diluir su efectividad probatoria. Lo que resulta contrario a las reglas de la buena fe en el proceso, es plantear la cuestión en un momento en el que resulte a todas luces insubsanable.

Explica el recurso que se produjo un cambio de letrado, que justificaría, junto con las iniciales dificultades para acceder a la totalidad del material inculpatario derivadas de la declaración de secreto de la causa, el cambio de estrategia procesal. Con independencia de ello, la cuestión a valorar es si la parte planteó ese déficit que ahora se enarbola de manera que pudiera haber sido subsanado. Y así fue.

El examen de las actuaciones permite comprobar que al comienzo de las sesiones del juicio el letrado que actuó en defensa del acusado, planteó como cuestión previa la nulidad de las exploraciones de las menores durante la instrucción, precisamente por haberse prescindido de la advertencia del artículo 416 LECRIM. Fue el Tribunal de instancia quien entendió que, tratándose de un procedimiento ordinario por sumario, no estaba previsto un trámite que permitiera introducir tal queja en ese momento. Ciertamente el Tribunal de instancia prescindió de la doctrina de esta Sala, que de manera reiterada ha avalado la incorporación en el procedimiento ordinario de un trámite de cuestiones previas propio del abreviado o del procedimiento ante el Tribunal Jurado, en el que poder efectuar alegaciones en relación a eventuales vulneraciones de derechos o en torno a los medios de prueba, incluso con nuevas proposiciones, sobre todo cuando una parte lo insta (así lo ha dicho esta Sala, entre otras muchas en las SSTs 543/2014, de 25 de junio; 255/2017, de 6 de abril ; o 856/2018, de 12 de marzo en, y lo ha practicado en los juicios orales que a razón del aforamiento de han celebrado ante esta Sala) todo ello en la idea de dotar al sistema procesal penal de unidad y cohesión y de evitar que previsiones



procedimentales de alcance predominantemente formal puedan degenerar en meros obstáculos o trabas a sortear carentes de sentido. Aunque no se resolviera, ni siquiera se permitiera una exhaustiva argumentación, allí quedó planteada la cuestión, y las acusaciones presentes hubieron de tomar constancia de ella, en un momento en que era posible la subsanación, pues incluso las menores habían sido citadas para ese acto. No se trata de afejar conductas, pues la determinación del umbral de la madurez no siempre es nítida. Pero desde luego la actuación de la defensa no es merecedora del reproche de extemporaneidad que la sentencia recurrida desliza, ni puede sustentarse en él la desestimación de su pretensión.

4. En conclusión, la ausencia de advertencia a las dos hermanas más jóvenes sobre su derecho a no declarar conlleva la nulidad de la declaración que las dos prestaron, no del juicio en sí. Expresamente lo recalcó la STS 49/2018, de 30 de enero, que condensó abundante jurisprudencia sobre la materia. En atención a ello, el motivo va a ser estimado, lo que nos aboca a verificar si los elementos subsistentes aportan material incriminatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia, lo que abordaremos al resolver el motivo que denuncia tal infracción.

SEGUNDO: El segundo motivo de recurso se enuncia por infracción del artículo 728 LECRIM, en relación con el 24 CE.

Denuncia el recurrente que se le ha causado indefensión, al admitir que la testigo Antonieta ., que había sido propuesta por las acusaciones como prueba preconstituida, declarara presencialmente en el juicio oral. Lo que interpreta como una reacción *in extremis* para tratar de salvar la nulidad de la prueba preconstituida.

Tal y como razonó la sentencia recurrida, el Ministerio Fiscal había propuesto como prueba la declaración testifical de las tres hermanas, y como tal fue admitida. Prueba de ello es que todas fueron citadas para ese día y hora en la sede judicial (folios 133 a 143 del rollo de Sala). El que se anunciara la posibilidad de que pudieran rescatarse como prueba preconstituida las declaraciones que habían prestado en instrucción, como de hecho ocurrió en relación a dos de ellas con el afán de evitar la victimización secundaria, no enturbia el que la prueba se propusiera en términos que la defensa pudo conocer y así fuera admitida. Ninguna tacha de nulidad puede afectar a una testifical, propuesta en tiempo y forma, y practicada en el juicio oral con arreglo a todas las formalidades legales.

El motivo se desestima.

TERCERO: Analizaremos ahora el cuarto motivo de recurso que, aunque enunciado por error en la valoración de la prueba e invocando preceptos propios del proceso civil, articula una queja que, en cuanto cuestiona la consistencia de la prueba de cargo que ha sustentado la condena del acusado, abordaremos desde la perspectiva de la presunción de inocencia.

Sostiene el recurso que el Tribunal sentenciador basó la condena del acusado en las declaraciones preconstituidas de las tres hijas, la declaración en el acto del juicio de Antonieta y la declaración de la madre. Entiende que todas esas testificales, salvo la de esta última, son pruebas nulas, por lo que debió recaer un pronunciamiento absolutorio. Y para el caso de que la nulidad se rechazara, aduce que la prueba en su conjunto ha sido inidónea para desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al acusado.

Ya hemos adelantado que ninguna tacha de nulidad afecta a la declaración que en el acto del juicio prestó la testigo Antonieta ., la mayor de las hijas del acusado, así como tampoco a la que prestó la madre de las jóvenes y esposa del acusado, única cuya validez no cuestiona el recurrente.

1. El margen de revisión en casación cuando se denuncia vulneración de la presunción de inocencia no nos permite a reevaluar prueba que no hemos presenciado, solo la legalidad de su obtención e incorporación al proceso, su suficiencia incriminatoria y la racionalidad de las inferencias sobre las que se construye la conclusión fáctica. En este caso la legalidad del testimonio de la mayor de las hijas del acusado resulta incuestionable. Declaró directamente en el plenario, con sometimiento al principio de contradicción y previamente instruida del alcance del artículo 416 LECRIM.

Tampoco surge duda alguna sobre la suficiencia incriminatorio del relato que la misma construye, en el que narra el alcance del acometimiento sexual del que su padre, el acusado, la sometió a lo largo de varios años. La ocasión, cuando la madre en torno a las 6.00h. abandonaba el hogar familiar para dirigirse al trabajo: entonces la sacaba de su habitación para obligarla a acompañarle a su cama, desvestirla y comenzar a recorrer su cuerpo o forzar que le masturbara; al margen de otros tocamientos dispensados a las tres hermanas. La progresión en el acceso, que comenzó con tocamientos en la zona de los pechos, glúteos y vagina, para intensificarse en frotamientos que concluían con la eyaculación de él, roces en vagina con los dedos, y finalmente, cuando había alcanzado ya los 15 años, una completa penetración con el pene. Un acoso progresivo, aprovechando el acusado la superioridad y facilidad comisiva que le proporcionaban su condición de progenitor y compartir con la adolescente espacios de intimidad en el domicilio común. Un acoso a lo largo de dos años durante los cuales,



cuando la superioridad que dimanaba de la figura paterna no resultaba suficiente para vencer la resistencia de la joven, su padre no dudó en amenazarla abiertamente con de hacerle algo a ella o a la madre, desplegando así una intimidación eficaz desde el punto de vista típico. No se limitó el acusado a pedir discreción a la niña sobre lo ocurrido, lo que, si se tratara de un contacto aislado, podría entenderse ínsito en el prevalimiento que opera sobre una menor de edad. Dado que tanto la resistencia como el quebranto del silencio traería aparejado un mal grave y verosímil, tal repetida advertencia fue suficiente para generar esa atmósfera de miedo que permitió la sucesión de acontecimientos que la secuencia fáctica describe.

Recordábamos en la STS 467/2020, de 21 de septiembre, con cita de otros precedentes, que la idoneidad probatoria de la declaración de la víctima ha de pasar el filtro, en cada caso concreto, de la valoración del Tribunal sentenciador. Y concretábamos "su alto valor incriminatorio"... no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba" (cfr. SSTS 648/2020, 20 de diciembre; 589/2019, 28 de noviembre; 305/2017, 27 de abril; 789/2016, 20 de octubre y 636/2015, 27 de octubre, por citar algunos de los numerosos precedentes en este sentido)".

En este caso, no nos enfrentamos al testimonio de una menor, sino al de una joven mayor de edad, con suficiente madurez para elaborar el relato de las que fueron sus vivencias durante los años, inmune a influencias propias de quien se encuentra todavía en situación de vulnerabilidad, pues su padre está hace tiempo en prisión, e incluso, desvinculada de lógicos propósitos de liberación que en su momento pudiera haber experimentado respecto a su progenitor.

El Tribunal ha considerado creíble el testimonio de la joven, y lo ha hecho, escrutándolo desde el triple prisma de ponderación que la jurisprudencia de esta Sala, que por conocida no es necesario citar, ha sugerido como premisas sobre las que abordar la aproximación valorativa a la declaración de la víctima. Fue apreciado como un testimonio persistente en su línea argumental, exento de contradicciones sustanciales. Descartó un ánimo espurio, que el recurso no acierta a concretar, más allá de tratar de evitar algún castigo por haber sido sorprendida fumando sustancias tóxicas. Extremo no solo no acreditado, sino irrelevante cuando el relato de la joven no surgió por su propia iniciativa, sino que vino motivado por la revelación que sus hermanas hicieron a su madre. También entendió el Tribunal que este testimonio resultó corroborado. En este punto otorgó relevancia a un extremo que, el no poder contar con el testimonio de sus hermanas nos obliga a desplazar, referido a lo que ellas vieron y contaron a su madre. Pero aun obviando ese dato, la versión de la testigo Antonieta se encuentra refrendada a través del testimonio de su madre. Pues, aun prescindiendo de que a ella acudieron sus dos hijas menores a contar lo que habían visto, lo que resultó detonante de la denuncia que ella formuló, también la afectada le contó lo que había ocurrido, y ella misma presencié como el padre mantenía con las hijas la costumbre de tocarlas en zonas erógenas. Una práctica que ella intentó, sin éxito, que abandonara. Además el testimonio de Antonieta se refrenda con el dictamen pericial psicológico que describió en la misma una huella psicopatológica compatible con unos sucesos como los narrados.

El definitiva el Tribunal sentenciador marco unas pautas interpretativas, que el de apelación refrendó, y que descartan irracionalidad en el proceso de valoración de este testimonio analizado desde la perspectiva de su idoneidad como prueba de cargo. Apreciación que el recurso no neutraliza. Pues el hecho de que, tal y como se alega, el informe que recogió el reconocimiento médico que se realizó a la joven tras la denuncia no advirtiera ningún síntoma revelador de las prácticas a las que había sido sometida, es normal. Dado el tiempo durante el que se prologaron las prácticas sexuales, su cuerpo forzosamente se hubo de ir adaptando a las mismas. Tampoco se describe el empleo de violencia aplicada sobre la joven que pudiera haber dejado una huella indeleble, sin despreciar que cuando el reconocimiento médico se lleva a cabo, han transcurrido varios meses desde la penetración. Tampoco resulta relevante a estos fines que los médicos forenses declinaran efectuar el reconocimiento que les permitiera informar acerca del estado del himen de la joven, cuando el mismo se había de desarrollar más de dos años después de denunciados los hechos, y una vez ella, que ya había alcanzado lo mayoría de edad, mantenía relaciones sexuales normalizadas.

Cuestionó también el recurso la persistencia en el relato de la joven porque la primera vez que habló de la introducción del pene, fue precisamente en ese primer reconocimiento médico al que fue sometida tras la denuncia, que no hacía referencia a este último extremo. La explicación fluye con naturalidad. Entre los riesgos que ese reconocimiento trató de descartar, se encontraba el de un posible embarazo, lo que justifica un interrogatorio de los facultativos sobre este particular acceso hasta el momento silenciado, y que desde ese momento relató en sus distintas intervenciones.



2. Por último, la prueba sobre los tocamientos que el acusado dispensaba a sus otras dos hijas no queda debilitada, aun cuando prescindamos de la exploración de estas como elemento de convicción. Fueron presenciados directamente por la hermana mayor, que también los sufrió, y por la madre que los advirtió y se los afeó al acusado, aunque en el momento, ajena a cualquier sospecha, no llegara a calibrar exactamente su intensidad. Bagaje probatorio que se completa con la pericial psicológica que, en mayor o menor medida, también detectó incidencia emocional en estas dos jóvenes.

Que tal sintomatología no igualara en intensidad a la que padeció su hermana mayor, incluso que no llegara a alcanzar entidad clínica en el caso de la más pequeña, encuentra lógica correlación con la intensidad del ataque y su percepción desde la diferente edad biológica. Pero en definitiva deja patente que el comportamiento se desarrolló. Que fue ejecutado desde la facilidad que proporcionaba la convivencia familiar y la posición de predominio emocional inherente a la condición de padre. Y que fue lo suficientemente relevante para comprometer la indemnidad de las niñas proyectada en la esfera de lo sexual. En definitiva, prueba de suficiente solvencia respecto a los elementos que colman la tipicidad aplicada, e idónea para descartar que la garantía de presunción de inocencia del acusado se haya visto comprometida.

El motivo se desestima.

CUARTO: El tercer motivo del recurso, conjuntamente con el quinto, denuncian falta de motivación respecto al importe de la indemnización que se fija a cargo del acusado en concepto de responsabilidad civil. Añade que el Tribunal de apelación guardó silencio respecto a esta cuestión, afirmación que se desmiente con la lectura del fundamento quinto de la sentencia recurrida, que dio cumplida respuesta a la queja que ahora se reproduce.

1. Por lo demás, el relato de hechos probados especifica que a consecuencia de los sucesos que se narran, la mayor de las hermanas sufre " DIRECCION002 en remisión parcial e impacto directo en su esfera íntima y sexual"; la mediana "sintomatología de ansiedad y manifestaciones psicósomáticas que relaciona con el conflicto con impacto sobre su nivel de funcionamiento cotidiano", y respecto a la más pequeña indica que "no manifiesta sintomatología psicopatológica de entidad clínica". Explicó el Tribunal de instancia en la fundamentación jurídica de su sentencia, "en este caso sus tres hijas han sufrido las consecuencias de los delitos, respecto Antonieta sufre como se ha reflejado en el informe psicológico y forense DIRECCION002 en remisión parcial recomendando tratamiento psicológico, a lo que se une el daño moral inherente a todos estos delitos, por lo que ello unido al periodo temporal y gravedad de los mismos, que necesariamente conlleva un mayor daño, conlleva que estimemos procedente una indemnización de. 15000 euros en favor de la misma, que dada su actual mayoría de edad, se le deberá abonar a ella.

En cuanto a Beatriz refleja sintomatología de ansiedad y manifestaciones psicósomáticas que relaciona con el conflicto con impacto sobre su nivel de funcionamiento cotidiano y Celsa , no manifiesta sintomatología psicopatológica de entidad clínica, si bien si se hace constar en el citado informe que se advierte afectación emocional (sintomatología leve de corte ansioso-depresivo) relacionada con el conflicto familiar y con la existencia de ambivalencia afectiva respecto a su progenitor.

Se entiende en cuanto a las dos hermanas menores, Beatriz y Celsa que el daño sufrido es menor y por ello valoramos el perjuicio causado en 5000 euros para cada una de ellas que deberá abonarse a su representante legal". Ponderación que el Tribunal de apelación avaló como razonable a la vez que, con apoyo en la jurisprudencia de esta Sala, entendió que, la vista de hechos narrados, el daño moral fluía con naturalidad.

2. Los daños morales no dependen, a diferencia de los materiales, de una determinación objetiva, por ello, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y desde antiguo, ha mantenido que no tienen que concretarse con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, sino que pueden surgir de la mera significación espiritual que tiene el delito para ellas y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital.

Cuando no haya alteraciones objetivamente perceptibles, no requiere más parámetros para la evaluación de su alcance que la gravedad de la acción que lesionó a la persona perjudicada, la importancia del bien jurídico protegido y las singulares circunstancias de la víctima. Habrá de efectuarse su cálculo en un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva atendiendo a la naturaleza del hecho, su gravedad y reiteración y contexto en el que se desarrolla. De esta manera su apreciación no exige de una constancia en los hechos probados, en cuanto de ellos fluye con naturalidad el impacto en la esfera personal que se pretende reparar.

Finalmente, solo puede ser objeto de control casacional cuando sea manifiestamente arbitrario y objetivamente desproporcionado (entre otras, SSTS 957/2018 de 16 de mayo; 105/2005 de 29 de enero; 40/2007 de 26 de enero; 264/2009, de 12 de marzo; 702/2013 de 1 de octubre; 794/2015 de 3 de diciembre; 855/2016 de 11 de noviembre; 147/2017 de 8 de marzo; 812/2017 de 11 de diciembre; 445/2018 de 9 octubre; 636/2018 de 12 de diciembre; 588/2019 de 27 de noviembre; o 127/2020).



3. El acusado viene condenado por un delito continuado de agresión sexual y dos, también continuados, de abusos a sus hijas menores de 16 años. Delitos que protegen un bien jurídico que va más allá de la libertad sexual, para incorporar el derecho del menor a no verse involucrados en un contexto sexual, con el riesgo que conlleva para la formación y desarrollo de su personalidad y sexualidad. Todo ello como manifestación de su derecho a la integridad moral, al libre desarrollo de su personalidad y a la dignidad (artículo 10 CE). Solo la afectación de ese bien jurídico genera en la conciencia colectiva, según pautas éticas comúnmente aceptadas, la necesidad de reparación, que fluye con especial naturalidad si tomamos en consideración las especiales circunstancias que concurrieron en los hechos, que el *factum* condensa y explica, y sobre las que ya hemos profundizado. Al daño derivado directamente de la actuación delictiva se une su inevitable implicación en un proceso penal, que les ha obligado a rememorar las actuaciones del acusado y, especialmente en el caso de Antonieta , ahora con mayor conciencia y bajo ese otro prisma. Circunstancias suficientes para concluir el daño moral que el recurso parece discutir y que va más allá de las manifestaciones psíquicas o somáticas que cada menor haya exteriorizado. Un daño que se intenta compensar con una indemnización que el Tribunal de instancia cuantificó en términos que descartan cualquier atisbo de arbitrariedad o desproporción.

Los dos motivos conjuntamente analizados van a ser rechazados.

QUINTO: En atención a lo expuesto, el recurso va a entenderse parcialmente estimado, dado el éxito del primero de los motivos formalizados. Aun cuando ello no tenga incidencia en el alcance de la condena, por lo que el fallo recurrido se va a confirmar, si debe producir como efecto la declaración de oficio de las costas procesales (artículo 901 LECRIM).

FALLO

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

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la representación procesal D. Nemesio contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Rollo Apelac. 277/2020) de fecha 29 de octubre de 2020, que desestimó el de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 15, Sumario 128/19) de fecha 15 de junio de 2020. Pese a la estimación parcial, al no afectar ésta al sentido del fallo, la sentencia recurrida se confirma.

Declaramos de oficio las costas del presente recurso.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Diaz Ángel Luis Hurtado Adrián