

SENTENCIA N°/2021

Oviedo, a de dos mil veintiuno

EXCMO. SR. PRESIDENTE

D. JESÚS MÁRIA CHAMORRO GONZÁLEZ

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. IGNACIO VIDAU ARGÜELLES

D. JOSÉ IGNACIO PÉREZ VILLAMIL

Visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. María [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], en nombre y representación de D., contra la sentencia, de fecha 18 de enero de 2021, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Segunda, en la causa Sumario N° 542/2019 del Juzgado de Instrucción N° 1 de Oviedo, que dio lugar al Rollo de la referida Sección N° 44/2019, formando Sala, en sede Penal, los Magistrados de la misma han pronunciado en nombre del Rey, la siguiente :

S E N T E N C I A

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don José Ignacio Pérez Villamil que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se admiten los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 18 de enero de 2.021, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó en el

citado procedimiento sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debemos condenar y condenamos a, ya circunstanciado, como criminalmente responsable en concepto de autor de:

1º) Un delito continuado de AGRESIÓN SEXUAL a menor de edad, antes definido, en la persona de, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de TRECE AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro por ella frecuentado durante 15 años, así como comunicar con ella, por cualquier medio, durante igual período de tiempo. Inhabilitación especial para profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 17 años.

Libertad vigilada consistente en prohibición de desempeñar actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión de cometer hechos delictivos de similar naturaleza y obligación de participar en programas formativos, laborales o culturales de educación sexual durante cinco años.

2º) Un delito continuado de ABUSO SEXUAL a menor de edad, antes definido, en la persona de, sin circunstancias modificativas, a la pena de CUATRO AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro por ella frecuentado, durante 5 años y un día, así como de comunicar con ella, por cualquier medio, durante igual periodo de tiempo.

Inhabilitación especial para profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por tiempo de 7 años y un día, e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad sobre la menor de edad [REDACTED] [REDACTED], por tiempo de 1 año (art. 192.3 Código Penal).

Libertad vigilada consistente en prohibición de desempeñar actividades que puedan ofrecerle o facilitarle

la ocasión de cometer hechos delictivos de similar naturaleza y obligación de participar en programas formativos, laborales o culturales de educación sexual durante un año.

Condenamos a dicho procesado al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Abónese para el cumplimiento de las penas, si no lo hubiera sido en otra causa, el tiempo de privación de libertad por razón de ésta.

Declaramos la obligación del condenado, como responsable civil, de indemnizar a en 15.871,20 euros y a en 3.000 euros, con aplicación en ambos casos del interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se mantienen, hasta que la presente sea firme, las órdenes de protección acordadas.

Una vez gane firmeza esta resolución, practíquense los requerimientos a que se refiere el anterior ordinal decimoquinto."

TERCERO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal del condenado.

CUARTO.- En el trámite del artículo 790.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal solicitó la confirmación de la sentencia apelada, al igual que la representación procesal de la acusación particular.

QUINTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo y conformada la Sala y designado Magistrado Ponente conforme a las normas de reparto, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día de de 2021. El apelante solicitó la práctica de diligencias de prueba que fueron denegadas por Auto de esta Sala de 31 de marzo de 2021, no estimándose necesaria la celebración de vista.

HECHOS PROBADOS

Se admiten y se dan por reproducidos los hechos declarados probados de la sentencia apelada, que son del siguiente tenor literal: "Se declaran como tales los siguientes:

El procesadoera mayor de edad al tiempo de producirse los hechos y carece de antecedentes penales.

Desde aproximadamente el mes de agosto del año 2010, fecha en la que el procesado y la que fuera su esposa rompieron su relación de matrimonio, con posterior sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, dictada el 31 de marzo de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Oviedo, las hijas comunes de ambos, menores de edad en aquella fecha,, nacida el 10 de agosto de 1998 (13 años) y, nacida el 12 de septiembre de 2003, (7 años), permanecieron bajo la guarda y custodia del procesado, conviviendo los tres en el que fuera el domicilio familiar, sito en la calle de Oviedo.

Desde esa fecha, el procesado, aprovechando esta situación de proximidad con sus hijas y la ausencia de su madre en la vivienda, y con la intención de satisfacer sus apetitos sexuales, hizo objeto a su hija, en repetidas ocasiones, tanto en el domicilio como en la caseta del huerto que poseía, de diversos tocamientos en sus pechos y genitales. Posteriormente, cuando cumplió los 14 años de edad y comenzó a oponerse a los deseos del procesado, éste la agarraba fuertemente por los brazos y le tiraba del pelo, consiguiendo así sus propósitos de realizarle tocamientos y caricias en los genitales, así como de chuparle la vagina. Actos, que a medida que fue creciendo, y ya contaba con casi 15 años, se convirtieron en introducción violenta de sus dedos en la vagina hasta hacerla sangrar y en penetraciones

bucales, todo ello en distintas ocasiones y venciendo la resistencia de, a quien agarraba fuertemente y la conminaba con hacer algo malo a su hermana menor o a su madre; esta situación se prolongó hasta el mes de abril de 2019, y en el mes de agosto siguiente se trasladó a vivir con su madre.

Igualmente, el acusado, en los últimos años de dicha convivencia con las niñas, y con la finalidad de aplacar sus apetencias sexuales, realizó sobre su otra hija menor de edad,, cuando ésta ya contaba con más de diez años de edad, tocamientos en los glúteos y pechos, con el pretexto de que se trataba de una broma.

A consecuencia de los hechos, fue diagnosticada, en fecha 7 de marzo de 2019, de un trastorno de adaptación con reacción mixta ansiedad- depresión, síntomas que ya no fueron detectados en el examen practicado en fecha 18 de octubre de 2019."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sin entrar en mayores disquisiciones doctrinales sobre su verdadera naturaleza (podría cuestionarse su naturaleza de recurso ordinario al someterlo el legislador a motivos, aunque formulados de forma muy amplia, y limitar las facultades de revisión del *ad quem* respecto a las pruebas personales, sobre todo en las sentencias absolutorias), el recurso llamado de "apelación" por la Ley 41/2015, de cinco de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el que se pretende generalizar la segunda instancia penal y que se plasma en el nuevo artículo 846 ter, con remisión en lo concerniente a su régimen jurídico a lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 (apelación de las sentencias dictadas en el procedimiento abreviado por los Juzgados de

lo Penal), se corresponde, según la doctrina mayoritaria, con el modelo de apelación, limitada "*revisio prioris instantiae*", pues el órgano superior o *ad quem* se limita a examinar y decidir el objeto sometido a examen revisando los elementos facticos y probatorios del juez de primera instancia.

La reforma de la L.E.Crim. , operada por la Ley 41/2015, ha establecido regímenes de impugnación bien diferenciados, si tenemos en cuenta el motivo esgrimido, la pretensión ejercitada (de anulación o de sustitución de la condena o absolución por un pronunciamiento del Tribunal Superior contrario al de primera instancia) el sentido absolutorio o condenatorio de la sentencia impugnada y la consecuencia prevista por el legislador si el motivo es estimado por el Tribunal Superior.

SEGUNDO.-El presente recurso de apelación se estructura formalmente en tres motivos: 1) Quebrantamiento de normas y garantías procesales; 2) Error en la apreciación de las pruebas, y; 3) Infracción del ordenamiento jurídico por indebida aplicación del artículo 74 del CP., por inexistencia de delito continuado.

El primer motivo denuncia quebrantamiento de normas y garantías procesales, sin citar las normas legales o constitucionales causantes de indefensión, ni expresar la razón de la misma, como exige el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 790 de la LECrim.

En el desarrollo argumental del mismo se hace referencia a los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, sin concretar respecto de este último cual es la causa de la vulneración.

En conclusión la Sala entiende que la queja va exclusivamente referida a cuestionar la credibilidad de la testifical de las víctimas y la valoración probatoria realizada por la Audiencia Provincial, de la que discrepa

el apelante, afirmando que las pruebas de cargo y de descargo practicadas no conducen de forma razonable a la conclusión condenatoria.

Sentado lo anterior, la lectura detenida del desarrollo del presente motivo y de las quejas que sobre la sentencia vierte el apelante, nos permiten concluir que la denuncia tiene más relación con el derecho a la presunción de inocencia que, propiamente, con la tutela judicial efectiva, pues la discrepancia se nuclea sobre el reparo de que la sentencia está redactada siguiendo exclusivamente los dictados de la versión de los hechos de las víctimas. Versiones que cuestiona al desarrollar el siguiente motivo (error en la apreciación de las pruebas) desde la óptica de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para su valoración como prueba principal de cargo en este tipo de delitos

Este enfoque nos permite agrupar y tratar conjuntamente el segundo motivo de recurso, que al amparo del artículo 790.2 de la LECrim, denuncia error en la valoración de la prueba, referido a la valoración por la sentencia apelada del testimonio de las víctimas.

Desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de obtener una respuesta fundada del órgano jurisdiccional, la sola lectura de la sentencia apelada convierte la queja del apelante en meramente retórica, pues es difícil imaginar una resolución, más y mejor fundada, en definitiva motivada, que la presente, y por ello nos remitimos a sus modélicos Fundamentos de Derecho, donde se argumenta detallada y exhaustivamente el proceso interpretativo y valorativo de la prueba de cargo y de descargo practicada y se da una respuesta jurídica coherente con el mismo.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que es la que parece buscar el apelante, es un

tema muy repetido ante esta Sala de apelación respecto a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, cuando la prueba de cargo principal es la declaración de la víctima (en este caso victimas). Ello nos impone reiterar una doctrina de nuestro más Alto Tribunal que ya está muy consolidada.

La recoge la reciente STS de 17 de enero de 2019: *"Conforme a esa doctrina reiterada de esta Sala, por todas SSTS 28/2016, de 28 de enero , 125/2018, de 15 de marzo , la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en*

a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;

b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas;

c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba, y;

d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado. Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (Art. 14

5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y racionabilidad”.

Estas consideraciones son de aplicación íntegra a esta Sala de apelación que respecto a la inmediación en la

percepción sensorial de las pruebas personales, como es el testimonio de la víctima, se encuentra en la misma situación que el TS.

Continúa la reseñada STS: "En casos como el presente en los que se analizan hechos relacionados con la indemnidad sexual es altamente frecuente, como recuerdan las SSTS 845/2012, de 10 de octubre y 251/2018, de 24 de mayo , que el testimonio de la víctima -haya sido o no denunciante de los mismos- se erige en la principal prueba sometida al examen del tribunal, habitualmente por oposición de quien es denunciado y niega la realidad del objeto de la denuncia en el caso del acusado, hemos dicho en STS 251/2018, de 24 de mayo , en el caso del acusado sus manifestaciones se encuentran amparadas por el elenco de garantías y derechos reconocidos en el art. 24 CE , y, entre ellos, los derechos a no confesarse culpable y no declarar contra sí mismo.

La versión de la víctima debe ser valorada, en cambio, desde el prisma propio de un testigo, que se encuentra por ello obligado a decir verdad; pero sin olvidar las cautelas propias del status de quien asume la doble condición de testigo y denunciante, pues estamos ante un testigo en cierto modo implicado en la cuestión, al ser su testimonio la noticia misma del delito. Ahora bien, según apuntaba el Tribunal Constitucional en sus SSTC núm. 126/2010, de 29 de noviembre , o 258/2007, de 18 de diciembre , lo expuesto no es óbice para que la declaración de la víctima, practicada con plenas garantías, pueda erigirse en prueba de cargo que habilite un pronunciamiento de condena, incluso cuando actúe como acusador particular. Desde esta misma Sala de Casación también hemos declarado insistentemente que el testimonio de la víctima puede ser tenido como prueba capaz, por sí misma, de enervar la presunción de inocencia, incluso cuando sea la única prueba disponible. Son

incontables las ocasiones en que hemos apuntado ciertos aspectos de posible valoración en el testimonio de la víctima, notas que no son más que pautas orientativas, sin vocación excluyente de otras y sin desconocer la importancia de la inmediación, dirigidas a objetivar la conclusión alcanzada. Son éstas la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud de su versión y la persistencia en la incriminación. Pero incluso en el caso de que alguno de estos tres elementos no fuere, en todo o en parte, favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima, puede el órgano judicial concederle validez como prueba de cargo siempre, eso sí, que motive suficientemente las razones de su proceder.

La STS. 381/2014 de 21.5 , insiste en que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la declaración testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa - dice la STS. 19.12.03 - que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las circunstancias concretas del caso. Es decir la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que aun teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

Por ello tiene aquí singular importancia la consignación de una motivación concreta y suficientemente desarrollada. En suma, el propósito último es que "valoración en conciencia" no signifique ni sea equiparable

a "valoración irrazonada", por lo que es el adecuado razonamiento del Tribunal lo que en todo caso deviene imprescindible (en parecidos términos, STS núm. 259/2007, de 29 de marzo). Conviene finalmente precisar que, como siempre que nos hallamos ante el problema de medir la eficacia probatoria de alguna prueba consistente en declaraciones prestadas ante el propio Tribunal que las preside y que ha de valorarlas, como regla general debe prevalecer lo que la Sala de instancia haya decidido al respecto, lo que no es sino lógica consecuencia de las exigencias propias del principio de inmediación procesal al que antes hacíamos referencia: En efecto la declaración de la víctima dice la STS 625/2010 , encuadrable 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 deponen 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 sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las 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.

Por ello la credibilidad de la víctima 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 el sentido de cargo que la misma tiene, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal de instancia.

Es por eso que esta Sala, SSTS 786/2017 de 30 noviembre y 338/2013 10 [sic] 19 abril , se ha referido en

numerosas ocasiones a aspectos relacionados con su valoración, que sin desconocer la importancia de la inmediación, pretenden la objetivación de la conclusión alcanzada mediante un razonamiento que exprese el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal. En este sentido, valoración en conciencia no significa ni es equiparable a valoración irrazonada o a valoración oculta, de modo que la conclusión razonada del órgano jurisdiccional debe expresarse en la sentencia, como vía inexcusable para facilitar su conocimiento por parte del acusado y la revisión en vía de recurso.

De todos modos, como se dice en la STS 331/2008 y 9 junio "...en la casación, como en el amparo constitucional, no se trata de evaluar la valoración del tribunal sentenciador conforme a criterios de calidad u oportunidad y ello porque el proceso, ya en este trance de la casación, no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas..." (Como subraya el Tribunal Constitucional en su sentencia 262/2006 de 11 de septiembre en relación con el ámbito del control en vía de amparo de la citada garantía, situación equiparable a la casación cuando es ésta el motivo invocado)".

En la misma línea resulta altamente ilustrativa la reciente STS 180/2021, de 2 de marzo, que confirma otra de esta Sala de 12 de marzo de 2020.

El primer parámetro de valoración de la testifical de las víctimas es la credibilidad del testimonio (o ausencia de incredibilidad subjetiva) en la terminología tradicional del TS.

La falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del

testigo (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil) que sin anular el testimonio lo debilitan, o de la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad) o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

En el caso actual la sentencia impugnada manifiesta que "Se ha hecho alusión, para privar de rigor a lo expresado por las víctimas, a algún posible móvil espurio; sin embargo, no se halla en la actitud de las ofendidas vestigio alguno de venganza, odio, resentimiento o finalidad lucrativa. Los alegados celos que tendrían de ■■■■■, pareja del procesado desde 2015 hasta septiembre de 2018, no son tales, pues las iniciales discusiones se resolvieron, concluyendo con una buena relación, como refiere en su testifical de 2 de septiembre de 2019 (folio 172). Además, resulta difícil imaginar que las dos hijas decidieran repentinamente actuar impulsadas por un designio perjudicial para su custodio sobre otra base que no fuese la toma de conciencia, especialmente al regreso de del Erasmus en la ciudad de Florencia (Toscana), y a la postre la decisión, subsecuente al episodio de los WhatsApps, de poner en conocimiento de las autoridades unas vivencias que se revelan absolutamente reales y que las víctimas rememoran sin ambages en sus intervenciones a lo largo del sumario y en el juicio. Observamos que era en extremo reticente a divulgar los acontecimientos sufridos, y por ello resulta forzoso subrayar lo que manifiesta al tiempo de la formulación de su denuncia (folio 8 "in fine"): "que la dicente quiere hacer constar que se ha decidido a formular la denuncia en este momento debido a que, a través de la orientadora del Instituto

██████, donde estudia su hermana, la cual recomienda que la misma se vaya a vivir con su madre, debido a ciertos comportamientos inapropiados de su padre. Que la dicente manifiesta que cree que su padre haya sido denunciado por la madre de una compañera de ██████, debido a que el mismo le habría mandado mensajes de alto contenido sexual”.

Frente a estos razonables y lógicos argumentos, no puede prevalecer la tesis del apelante que viene a afirmar, ahora en la apelación, que la razón de la denuncia era la pésima relación quemantenía con él, alterando los argumentos mantenidos en la instancia. Lo que, además de obvio, resulta plenamente justificado dada la situación que dio lugar a este proceso. Igual cabe decir de la pretendida explicación de que ... “sentía asco por su padre” y que deseaba irse a vivir con su madre y abandonar el domicilio paterno. Todo ello no es la causa de la denuncia sino la consecuencia de la situación que la origina.

Cuestiona también el recurrente la verosimilitud de las declaraciones de las hermanas y, por considerarlas muy genéricas y que apenas aportan detalles sobre las supuestas agresiones o abusos sexuales, añadiendo que no existe ni una sola corroboración periférica de los hechos.

La Sala de instancia razona al respecto que:” Frente a las tesis de la defensa, que en su denodado y lógico afán por obtener un pronunciamiento a su favor proclama la existencia de “un mar de contradicciones”, y como razona el representante del Ministerio Fiscal en su informe, las declaraciones de las víctimas son contundentes y no presentan contradicción esencial. La reiteración de lo que manifiestan a lo largo del procedimiento (véanse los folios citados) y la multitud de detalles que ofrecen hacen inequívoca y verosímil su versión, que no sólo cumple los criterios jurisprudenciales a que nos hemos referido con

amplitud en el anterior apartado tercero, sino que está dotada de mayor solidez por el reforzamiento recíproco resultante de sus relatos, precisamente por ser armónicos y sin fisuras ni lagunas significativas". Y añade que :“En el supuesto actual, no cabe concluir que constituya una contradicción, por ejemplo, el que una adolescente de por entonces quince años, , explicara el comportamiento habitual de su padre diciendo que las sobaba tocándoles el culo, besándolas o las llamara guapas, tanto a ella como a su hermana mayor, lo que no es una descripción exhaustiva, sino espontánea, mientras que en el plenario agregara los tocamientos en sus pechos, que constituyen otra modalidad del trato lascivo que indudablemente recibían. Más bien, las denuncias iniciales muestran un contenido en absoluto discorde con lo después ratificado y con las respuestas que dan en el juicio oral: así, en lo dicho inicialmente porya consta que su progenitor la tocaba en las zonas íntimas, que la chupaba sus genitales, obligándola a hacer lo mismo con él, relata un episodio en el que llega a morderle el pene y él le introduce los dedos en la vagina, y no puede decirse que el procesado tomara la iniciativa de llevarla a un centro social sito en la zona de [REDACTED], más bien fue reacción al haber sido reprendido por otra persona (folio 9). En el mismo sentido, dice al denunciar que se fue con su madre a raíz de hablar con la orientadora del instituto, que en dos ocasiones vio cómo su padre escribía mensajes de WhatsApp a una amiga de ella, de catorce años de edad, en los que le escribía frases como la de "quiero hacerte un hijo", que figura en los hechos probados de la sentencia 396/2019, de 23 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Oviedo (folios 115 y siguientes del Rollo de Sala), que termina con una decisión absolutoria, por encontrar atípica la conducta, no sin decir como "obiter dictum" que los textos 23 enviados a

la menor eran de "claro contenido sexual", indicio vehemente que apunta a la propensión del procesado a un actuar libidinoso, y la destinataria era amiga de su hija pequeña, la cual denuncia situaciones tan ilustrativas, a los efectos que nos ocupan, como que "era habitual que, estando con su hermana en la habitación, llegara él y la echara de la habitación, cerrando la puerta y quedándose a solas con", remitiéndonos a los demás extremos narrados en aquella fase procedimental".

Saliendo al paso de la ausencia de corroboraciones periféricas de las declaraciones testificales de las víctimas argumenta la sentencia impugnada que: "Desde otra perspectiva, la verosimilitud intrínseca de las repetidas declaraciones está sólidamente avalada mediante toda una batería de probanzas, comenzando por la testifical". Y después de citar y transcribir la doctrina jurisprudencial sobre los testimonios de referencia, razona: "En el supuesto que analizamos, estas últimas premisas no alcanzan a privar de fuerza incriminatoria a toda una serie de manifestaciones que, lejos de la endeblez propugnada, presentan una homogeneidad expositiva en consonancia con lo dicho por las denunciantes. Así, aun siendo reiterativos, hemos de subrayar que la madre de éstas explicó que █████ reanudó el contacto con ella y a los pocos días le contó "que la orientadora del colegio le había aconsejado vivir con la docente a consecuencia de la situación que tenía en casa. Que la declarante le preguntó qué situación era esa, contándole ella que su padre le tocaba de manera rara, que le tocaba el culo, que le daba besos en la mejilla y que no le parecía normal eso, diciéndole ese mismo día que no quería volver a casa de su padre", añadiendo "que cuando se presentó en dependencias policiales junto con su hija █████, esta refirió a los agentes que había sido testigo de comportamientos extraños de su padre con su hermana █████,

tales como, en muchas ocasiones echarla a ella de la habitación para quedar su padre y solos, así como al entrar sorprendentemente la docente en la habitación ver a su padre apartarse precipitadamente de y subirse los pantalones". Concuerta con lo dicho por D^a, pareja de la madre, ante el Juzgado de Instrucción el 5 de marzo de 2019, es decir, que "..... le contó un día en casa que había hablado con una tutora de la escuela de, lo comentó, y se abrió a contar lo que le había pasado, hará más o menos un mes, unas tres semanas", refiriendo a continuación (folio 51) que "le contó que su padre había abusado de ella, tocándole el pecho, la vagina, que la depilaba, que le ponía los tampones, dice que nunca le había penetrado, pero sí le había metido los dedos, y que siempre la había obligado, desde los 10 años. Que también se metía en su cama y le hacía caricias. Que también la llevaba a un huerto que tenían y se lo hacía allí y en la caseta. Que a veces estaba presente y otras no. Que no le daba opciones a decir que no, que estaba amenazada". Ya hemos reflejado la declaración sumarial de, que fue pareja del entonces investigado y, en la misma línea de contenido que las anteriores, la orientadora D^a, del Instituto donde estudiaba ..., tras aludir al episodio de los mensajes telefónicos del padre de ésta en los que "aparecían connotaciones sexuales", desencadenante de las primeras revelaciones de los hechos, porque dice que "les preocupó que pudiera tener algún riesgo", indica (folio 111) lo que les contó la alumna, incluyendo que su padre la mandaba al salón a ver la tele y se quedaba solo con su hermana en la habitación y cerraba la puerta, y que un día entró y le vio subiéndose los pantalones.

La también testigo D^a, profesora, asimismo dice desde el primer momento que se interesaron por ... a raíz del suceso con una compañera de ésta que recibió el mensaje

de contenido sexual, y les comentó que su padre se relacionaba con otras menores por redes sociales, añadiendo "que cuando le preguntaban si estaba bien en casa, ella decía que su padre se acercaba mucho, la acariciaba y abrazaba, y a ella no le gustaba, que le daba un poco de asco, decía que no entendía por qué le tenía que dar azotes en el culo".

"Que le preguntaron si había estado sola con su padre en la habitación, y ella les dijo que no, pero que con su hermana, que sí, que en ocasiones le mandaba ir a ver la televisión al salón y se encerraba con en la habitación y a ella no le parecía normal". "Que le contó que a veces intentaba entrar en la habitación cuando su padre se encerraba con su hermana y este la reñía". Y la trabajadora social D^a, que emitió informe sobre el contexto socio-familiar, plasma en él que "dice que los abusos que denuncia empezaron a los diez años y pensó que si lo contaba nadie la iba a creer y que confiaba en que su padre sabía lo que hacía, también tenía miedo que la separasen de su hermana y la llevasen a esta a un centro de menores pues no veían factible vivir con su madre que nunca estaba en casa debido a su trabajo y el trabajo de su padre cuando lo tenía era más coincidente con los horarios escolares, además que no tienen familiares cerca" y que "... refiere que todo lo denunciado es verdad, que nunca llegó a la penetración, pero si le introducía los dedos en la vagina y le obligaba a realizar sexo oral".

A continuación analiza la sentencia las testificales de la defensa que, a su juicio, "no resultan determinantes" para favorecer la tesis defensiva del acusado.

Y, por último, valora las periciales practicadas en el plenario que "proporcionan una corroboración adicional de la realidad de dichos actos". En este sentido refiere que: "El informe de Salud Mental del HUCA confeccionado por la

Sra. el 10 de abril de 2019 recoge como motivo de la asistencia posibles abusos sexuales y diagnostica a reacción mixta de ansiedad y depresión.

En el informe psicológico de la Sra....., aparte de consignar que "es precisamente la verbalización de su hermana de que su padre le realiza tocamientos lo que motiva a la interesada a interponer la denuncia contra este", describe en una sintomatología ansioso-depresiva "con sentimiento de culpa por lo ocurrido" y problemas de sueño, una especie de hafefobia o temor al contacto físico y baja autoestima.

Volviendo a los dictámenes del psicólogo forense Sr. obrantes en el Rollo de Sala, ratificados en el juicio oral, arrojan unas conclusiones (folios 69 y 90) consistentes en que, respecto de, no se pueden acreditar de forma consistente secuelas psicológicas atribuibles a los hechos de abuso sexual y maltrato, y respecto de no se detectan , ni se documentan, secuelas o reactividad psicológica que pueda relacionarse de forma consistente causa-efecto a los supuestos hecho de abuso sexual y violencia. Con todo, estos informes, que engloban una argumentación más bien jurídica, no excluyen la credibilidad de las declarantes, a las que no se puede exigir una versión completa, lineal y uniforme, sino que relatan los hechos conforme les vienen a la memoria. Los médicos forenses Sr. ... y Sra. M..... concluyen, en marzo de 2019 y con relación a la mayor de las hermanas, que dadas las características el tipo de abuso denunciado, el tiempo transcurrido desde el último contacto con el denunciado y la existencia de otras relaciones sexuales completas, una exploración ginecológica no aportaría ningún tipo de información de valor probatorio o médico legal. No se aprecian síntomas de patología mental que pudieran considerarse como secuelas de algún tipo de abuso o

agresión sexual; no obstante, recoge el primero que manifiesta que en el momento actual se encuentra bien, aunque anteriormente presentaba sentimientos de asco y rabia hacia su padre, "cabreada". Pero de forma paulatina ha aprendido a vivir con todo ello, "porque así sufro menos, no merece la pena porque acabo sufriendo yo más". Y en octubre siguiente emiten estas consideraciones: "a la vista de la documentación aportada fue diagnosticada (7 de marzo de 2019) de un Trastorno de Adaptación con reacción mixta ansiedad-depresión. En el momento actual no se aprecian síntomas floridos ansioso-depresivos. Únicamente destacar la preocupación que muestra ante el juicio próximo y también ante su futuro laboral. En el momento actual no se detectan alteraciones del estado de ánimo (depresión) ni de las emociones (ansiedad); ni tampoco sentimientos de incapacidad para afrontar sus labores y actividades diarias".

Finalmente, pero no de menor importancia, hemos de señalar que el informe psicológico emitido por la Sra....., tanto por la intensidad y número de las entrevistas celebradas (folio 97 del Rollo de Sala) como en razón a las particularmente brillantes aclaraciones ofrecidas en el plenario (arts. 478 y 724 "in fine" LECrim) merecen todo crédito en lo relativo al para este Tribunal ya incuestionable origen del sentimiento de autoculpabilidad y del bloqueo emocional desarrollados por la agredida, que según razona la perito "describe un contexto espacial y temporal, da saltos en la narración de los sucesos, tiene una estructura lógica y aporta detalles específicos e interacciones", lo que convierte en lógica la "actitud de desconfianza y suspicacia que la lleva a estar alerta ante cualquier posibilidad de daño real o imaginario que puedan causarle otros", si bien excluiremos la persistencia de

secuelas propiamente dichas, que los médicos forenses no aprecian.

En suma, las anteriores consideraciones conducen indefectiblemente a un fallo condenatorio por los expresados ilícitos, al concurrir prueba de cargo suficiente y válidamente obtenida para desvirtuar fuera de toda duda razonable aquella presunción "iuris tantum" (SSTC 31/1981, 171, 249, y 278/2000 y 222/2001, entre otras)".

Frente al riguroso, exhaustivo y racional valoración de la prueba practicada realizado por la Audiencia Provincial y manifestado en la ejemplar motivación que se acaba de transcribir, el recurrente ofrece una valoración lógicamente interesada pretendiendo que esta Sala de apelación sustituya aquella por la propuesta por el recurrente, lo que resulta inviable desde la consideración de la limitada naturaleza de la revisión fáctica de esta segunda instancia en atención a la carencia de inmediación respecto a la valoración de las pruebas personales de la que si gozó el Tribunal que emite la sentencia impugnada.

En definitiva 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 propia de éste acto solemne -prueba lícita-, y ha de considerarse bastante para justificar en el aspecto fáctico la condena aquí recurrida sobre la forma en que ocurrieron los hechos probados -prueba racionalmente fundada-.

Consecuentemente los dos primeros motivos deben ser desestimados y no cabe sino ratificar conclusiones alcanzadas por el tribunal de instancia, que se basó en pruebas documentales y personales válidamente obtenidas y practicadas, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la

lógica y a los principios de la experiencia y a los parámetros de racionalidad y ponderación exigibles, quedando extramuros de la competencia de la Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante una valoración alternativa y subjetiva del recurrente del significado de los elementos de pruebas personales disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho de presunción de inocencia del hoy recurrente, quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas con apoyo en sus propias manifestaciones exculpatorias y en su subjetiva interpretación de las distintas testificales y periciales, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Muy por el contrario la prueba de cargo fundamental, la testifical de las víctimas, ha sido racional y razonablemente valorada por la Sala y ese juicio valorativo lo expone de forma ejemplar en la sentencia. Lo mismo hace con las demás pruebas documentales, periciales y testificales que corroboran aquella. Dedicando un exhaustivo razonamiento a refutar la versión defensiva ofrecida por el acusado-apelante.

TERCERO.-El tercero y último motivo denuncia "infracción de normas del ordenamiento jurídico. Indebida aplicación del artículo 74 del Código Penal.

En síntesis afirma el apelante que, "ni en el relato de hechos probados, ni en la posterior valoración de los medios probatorios...se nos explica cuántas concretas veces se agredió a o se abusó de". (sic.).

Respecto al "error iuris" señala la reciente sentencia del Tribunal Supremo nº 464/2020, de 21 de septiembre: "El motivo por infracción de Ley es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En análogos términos se pronuncia la sentencia de esta Sala 842/2014, de 10 de diciembre, que, con referencia a otras sentencias (SSTS 8/3/2006, 20/7/2005, 25/2/2003, 22/10 /2002; ATC 8/11/2007), expone que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del

motivo y consecuente desestimación conforme lo previsto en el art. 884.3° Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Esta doctrina de casación es plenamente aplicable a esta segunda instancia penal que supone el presente recurso de apelación.

Así las cosas la “pluralidad de acciones” que reclama el artículo 74 del Código Penal para la aplicación del delito continuado se desprende nítidamente del relato de hechos declarados probados. La conducta objeto de condena transcurre desde “aproximadamente agosto del año 2010” hasta “el mes de abril de 2019” y los actos de carácter sexual respecto a su hija tuvieron lugar “en repetidas ocasiones”. Los abusos concernientes a su hija ocurrieron “en los últimos años de dicha convivencia”. Luego no cabe duda que, en ambos casos, fueron múltiples y a lo largo de un largo periodo de tiempo.

El motivo merece igual suerte desestimatoria que los anteriores.

CUARTO.-SOBRE LAS COSTAS.- Respecto a las costas, procede hacer expreso pronunciamiento atendido lo prescrito en el artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Este pronunciamiento estima la Sala que ha de ser la declaración de condena en costas de la apelación a la parte recurrente y ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 240 y 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en tanto en cuanto desestimados todos los motivos del recurso.

VISTOS los textos legales citados y demás de general aplicación,

F A L L A M O S: Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. María [REDACTED], en nombre

y representación de D., contra la sentencia, de fecha 18 de enero 2021, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Segunda, que se confirma en sus propios términos, con imposición de las costas de esta alzada al apelante.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.