



Roj: **SAP CS 323/2021 - ECLI:ES:APCS:2021:323**

Id Cendoj: **12040370022021100007**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Castellón de la Plana/Castelló de la Plana**

Sección: **2**

Fecha: **22/06/2021**

Nº de Recurso: **17/2019**

Nº de Resolución: **218/2021**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **PEDRO JAVIER ALTARES MEDINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL -SECCIÓN SEGUNDA- PENAL

Rollo de Sala núm. 17/19

Juzgado de Instrucción núm. 4 de DIRECCION000

Procedimiento Sumario Ordinario núm. 49/17

SENTENCIA NÚM. 218 / 2021

Ilmos. Señores:

PRESIDENTE: D. JOSÉ LUIS ANTÓN BLANCO.

MAGISTRADO: D. HORACIO BÁDENES PUENTES.

MAGISTRADO: D. PEDRO JAVIER ALTARES MEDINA.

En la ciudad de Castellón de la Plana, a veintidós de junio de dos mil veintiuno.

En este Tribunal se sigue causa penal (dimanante del Sumario ordinario núm. 49/17 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de DIRECCION000), por presuntos delitos continuados de abusos sexuales, contra d. Jose Daniel (con DNI núm. NUM000 , nacido el NUM001 de 1975 en DIRECCION000 , Castellón, hijo de Ángel Jesús y Yolanda).

Han sido partes en el proceso, el Ministerio Fiscal (representado en el acto del juicio por el Ilmo. Sr. Fiscal d. A. Hueso), d^a Begoña (personada como acusación particular a través de la procuradora sra. Ballester Ferreres, y del letrado d. Guillermo Sangüesa Teruel), y el acusado mencionado (procesalmente representado por la procuradora sra. Andreu Nácher, y asistido por el letrado d. Joaquín Martín Sanz de Bremond).

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Habiéndose recibido las actuaciones en este Tribunal el 19 de julio de 2019, en auto de 11 de febrero de 2020 se dictó auto de confirmación del auto de conclusión del sumario, y de apertura del juicio oral.

SEGUNDO.- Tras la presentación por las partes de los escritos de conclusiones provisionales, en auto de 22 de septiembre de 2020 se admitieron las pruebas propuestas por las partes, y se acordó la celebración de las sesiones del acto del juicio a puerta cerrada.

TERCERO.- A partir de un escrito de 13 de enero de 2021 presentado por el letrado sr. Sangüesa Teruel, en nombre y representación de d^a Begoña , se tuvo conocimiento de que había sido preterida en la tramitación de la causa la madre de las menores personada en su día como acusación particular.

Ante lo que en auto de 8 de febrero de 2021 se dispuso lo siguiente:



"- Procédase, sin necesidad de declarar la nulidad de actuaciones solicitadas, al nombramiento de procurador del turno de oficio a d^a Begoña , para que la represente procesalmente en la presente causa.

- Una vez hecho dicho nombramiento, sígase la tramitación pertinente prevista en la Lecrim con los arts. 626 y ss con la acusación particular, con la debida agilidad al objeto de que se pueda mantener el señalamiento previsto para el juicio oral".

Una vez subsanado dicho defecto de tramitación procesal, y presentado el escrito de conclusiones provisionales de la acusación particular, se dictó nuevo auto de 28 de abril de 2021 admitiendo las pruebas propuestas por esta última.

Y se mantuvo el señalamiento (acordado el 5 de octubre de 2020) para la celebración del juicio los días 7 y 10 de junio de 2021.

CUARTO.- El acto del juicio ha tenido lugar en las fechas indicadas.

El Ministerio Fiscal elevó a definitivas las conclusiones expuestas en su escrito de acusación, con el contenido siguiente:

"1^a). El procesado Jose Daniel , mayor de edad, nacido el día NUM001 de 1975 con DNI NUM000 , sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa el día 25 de Enero de 2017; padre de las menores Claudia , nacida el día NUM002 de 2005, y de Coro , nacida el día NUM003 de 2003, las cuales padecen un DIRECCION003 y un grado de minusvalía psíquica del 39%:

En el interior del domicilio familiar, sito en CALLE000 nº NUM004 de la localidad de DIRECCION000 , y aprovechando el desconocimiento de los hechos por parte de su pareja sentimental y madre de las menores, la cual se encontraba de baja laboral y en tratamiento por depresión y fibromialgia, hallándose ésta en muchas ocasiones aislada en el interior de su dormitorio que no compartía con el procesado; prevaliéndose de la relación de parentesco y de las minusvalías psíquicas que padecían sus hijas menores de edad, con ánimo libidinoso sometió a sus dos hijas, Claudia y Coro , a determinados actos de contenido sexual, consistentes en llamar a las mismas para que acudieran al dormitorio del procesado, el cual las hacía tocamientos en pecho y vagina, por fuera de su cavidad y tras bajarse los pantalones y calzoncillos, decía a las precitadas que le tocaran el pene con sus manos, llegando a introducirlo en la boca de las menores, practicándole ambas una felación hasta eyacular.

Que tales actos se repitieron en diversas ocasiones, y al menos a lo largo del año 2016, hasta que en fecha 16 de diciembre de 2016 cesaron los mismos, toda vez que la menor de edad, Claudia contó a una profesora y a la directora del centro escolar DIRECCION001 sito en la localidad de DIRECCION000 , lugar en el que cursaba sus estudios, los actos de contenido sexual a los que les sometía el procesado y que venían sufriendo tanto ella como su hermana Coro .

2^a). Los hechos relatados revisten los caracteres de dos delitos continuados de agresión sexual a menor de 16 años de los artículos 183.1, 3 y 4 a) y d) y 74.1 del Código Penal.

3^a). De dicho delito es criminalmente responsable el procesado en concepto de autor.

4^a). No son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

5^a). Se solicita la imposición para cada uno de los dos delitos, de la pena 12 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena conforme al artículo 55 del Código Penal, además de la prohibición de acercarse a menos de 500 metros de D^a Claudia y a D^a Coro , de su domicilio y lugar de trabajo, así como de comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de 10 años y costas procesales. De conformidad con el artículo 192.1 y 3 del Código Penal se impondrá al procesado la medida de libertad vigilada por un tiempo de 8 años y la privación de la patria potestad.

Se interesa también que para el cumplimiento de la condena le sean abonados los días de detención y de privación de libertad.

RESPONSABILIDAD CIVIL: El procesado deberá indemnizar a D^a Claudia en la cantidad de 30.000 euros y a D^a Coro por los daños morales causados, cantidades que devengarán los intereses legales, en virtud de lo dispuesto en el art. 576 de la Lec. ".

En los mismos términos se expresó el letrado de la Acusación particular, coincidiendo su acusación con la del Ministerio Público.

El letrado del acusado elevó a definitivas las conclusiones contenidas en su escrito de defensa, solicitando la absolución de su patrocinado. En el informe final solicitó, de forma subsidiaria, que la condena fuera por el tipo básico, y que no se apreciara la continuidad delictiva.



HECHOS PROBADOS

Se considera probado, y así se declara expresamente que el acusado y d^a Begoña estuvieron casados hasta el año 2014, año este en que se divorciaron.

El matrimonio tuvo dos hijas, Coro, nacida el NUM003 de 2003, y Claudia, nacida el NUM002 de 2005. Ambas padecen un DIRECCION003, que se traduce en una minusvalía, categoría psíquica, administrativamente valorada en 2009 para ambas, en un porcentaje del 39%, aunque es más ostensible la discapacidad en Coro que en Claudia.

También la madre de Coro y Claudia sufre un grado total de discapacidad del 47%, categoría física y psíquica.

No obstante el divorcio del matrimonio, los excónyuges, aún sin reconciliación, y por las circunstancias familiares, continuaron viviendo ambos con sus hijas en el domicilio familiar, sito en la CALLE000, núm. NUM004, de la localidad de DIRECCION000.

A lo largo del año 2016, aprovechándose el acusado de la relación de parentesco con sus hijas y de la influencia y dominio que ejercía sobre ellas, debido a la edad de estas y al DIRECCION003 que sufren, y aprovechándose también de que la madre de las menores estaba por regla general postrada en la cama, y que por las noches aquella tomaba una medicación muy fuerte para poder dormir profundamente, procedió aquel en varias ocasiones, movido por su ánimo libidinoso, a someter a sus hijas a distintas prácticas sexuales, que incluían tocamientos en pecho y genitales, exigiendo también el acusado en ocasiones, tras bajarse los pantalones y la ropa interior, y estando desnudo ante sus hijas, que le tocaran y chuparan el pene, llegando a introducirse el acusado en la boca a las menores, y llegando a eyacular en algunas ocasiones.

Tales actos se produjeron en diversas ocasiones con cada una de las menores, hasta que el 16 de diciembre de 2016 la menor Claudia contó a su profesora de pedagogía terapéutica, d^a Estrella, que ella no quería tener novio porque los novios "follan". Preguntada la menor por dicha profesora que qué sabía ella de eso, la menor contestó que ella "follaba" con su papá, explicando que esto consistía en que su padre le ponía el pene en la boca, y que eso a ella no le gustaba; diciendo también la menor que su padre le había dicho que eso también lo hacía con Coro. Avisada la directora del centro por la sra. Estrella, la menor volvió a repetir también ante esta lo que le había dicho a su profesora.

Las menores fueron declaradas en desamparo, permaneciendo en acogimiento residencial en distintos centros públicos, aunque se reconocieron visitas entre la madre y las hijas. El 30 de enero de 2018 se dejó sin efecto el desamparo, derivando la intervención del núcleo familiar formado por la madre y las hijas al equipo de familia y menor dependiente del Ayuntamiento de DIRECCION002, localidad en la que dicho núcleo familiar pasó a residir.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La anterior narración de hechos probados es el resultado de la valoración en conciencia, como prescribe el art. 741 de la L.E.Crim., de las pruebas practicadas y de las manifestaciones realizadas por el acusado.

Existe en nuestra opinión prueba de cargo suficiente que conduce al convencimiento indudable (sin duda razonable relevante alguna) acerca de la realidad de los hechos declarados probados.

Con respecto a la declaración de las hijas del acusado, se aprecian algunas divergencias ciertamente relevantes, y algunos extremos prima facie chocantes, en las manifestaciones que han hecho en las sucesivas exploraciones y declaraciones que se han producido durante la tramitación de la causa. Así, en la exploración a que las menores fueron sometidas por los psicólogos del instituto de medicina legal y ciencias forenses de Castellón, parece que las menores hicieron referencia tan sólo a tocamientos con la mano en los genitales de su padre (folios 277, 280, 285, 288); y que no se refiere ningún tipo de acceso carnal por vía bucal.

En la exploración preconstituida practicada en el Juzgado de instrucción (practicada el 2 de abril de 2018, y unida a las actuaciones al folio 365), Coro relató que los hechos tuvieron lugar en una pluralidad de ocasiones ("unas cuantas veces"); en tanto que en el plenario dijo, en dos ocasiones, que los hechos tuvieron lugar "una vez solo". Es también relevante el que las dos menores en aquella exploración dijeran que los hechos tenían lugar yendo juntas las dos menores a la dependencia en la que su padre les sometía a los abusos. Así lo refirieron ambas en repetidas ocasiones; y esto no se armoniza bien aparentemente con la diferencia de ocasiones en que, según dijeron las testigos en el plenario, estas habrían sido objeto de los abusos (una vez Coro -también Claudia - dijo en el juicio que con ella ocurrió "muchas veces", en tanto que con su hermana sólo una vez, y que lo sabía porque así se lo había dicho su padre-; en muchas ocasiones Claudia). Asimismo, Claudia refirió en el plenario, a la pregunta de si había tenido lugar algún tipo de penetración



vaginal, que "se la intentó meter por el culo muchas veces", "y le dolía", algo a lo que no se había referido antes (salvo que se considere que a ello pudieron referirse las menores cuando en la exploración en el Juzgado de instrucción refirieron que en ocasiones su padre se posicionaba sobre ellas, estando desnudos). También resultan chocantes algunas de las manifestaciones que Claudia realizó (el día 28 de diciembre de 2016) en la exploración practicada por los dos peritos psicólogos de la Guardia Civil. Nos referimos a lo que consta que dijo al folio 123, párrs. 6º y 7º, ya que habría dicho que un día que estaban durmiendo lo hizo su padre con ellas y dos veces a su madre, que también estaría presente. Los peritos explicaron en el plenario que en su opinión Claudia dijo eso en el contexto de las reticencias que tenía a contar lo sucedido; y en todo momento han dicho que la menor les pareció creíble y que no hay confusión entre lo vivido y lo no vivido.

Todo lo anterior pudiera hacer cuestionable la concurrencia del requisito de la ausencia de incredulidad subjetiva de los testigos, no porque su actuación pudiera estar inspirada por algún motivo espurio, sino por los DIRECCION003 que padecen (folios 24 y 25), mucho más apreciable en Coro (aunque en los dictámenes administrativos obrantes a los folios citados se asignó -en 2009- el mismo grado de minusvalía psíquica a ambas).

Sin embargo, nuestra valoración es que ha quedado probado que el padre sometía a sus hijas a prácticas sexuales diversas, en el domicilio familiar, para lo que no era un impedimento el que la madre estuviera en casa. Esto no era un impedimento para que el acusado desarrollara sus libidinosas iniciativas, ya que la madre de las menores también tenía importantes problemas de salud (a los folios 26 y 27 constan las dolencias que padecía en 2012, traducidas en una discapacidad del 47%, categoría física y psíquica), y según refirió en el juicio, tomaba pastillas para dormir muy fuertes, que la dejaban "K.O."

Efectivamente, las menores siempre han referido que eran sometidas a prácticas sexuales diversas por su padre, y las divergencias y aspectos chocantes más arriba referidos no excluyen la existencia de una esencial coincidencia en aspectos sustanciales de su relato, y sin que se aprecie una alternativa mínimamente consistente que permita excluir o cuestionar la veracidad del relato en esos aspectos sustanciales del mismo.

Recordemos que la investigación se inició a partir del comentario espontáneo que la menor Claudia le hizo (el 16 de diciembre de 2016) a su profesora de pedagogía terapéutica, la sra. Estrella. A los folios 3, 5 y 10 constan los términos precisos en que refirieron en aquel momento inicial aquella conversación tanto la profesora mencionada, como la directora del centro (la sra. Encarnación). Declararon en instrucción a los folios 236 y en 238, y en el plenario, reiterando en todo momento las circunstancias en que Claudia realizó el comentario que hizo que saltaran las alarmas: en una conversación informal entre profesora y alumna (entre las que había gran confianza y complicidad, ya que, según refirió la profesora en el juicio, era profesora de Claudia desde preescolar, y trabajaba con ella casi todos los días), Claudia le dice a su profesora "yo no quiero tener novio y tampoco quiero que tú lo tengas, nos quedamos las dos solteras"; la maestra pregunta "¿y eso por qué?", ante lo que Claudia responde "porque los novios follan"; inquirendo la maestra "¿y tú qué sabes de eso?", contestando Claudia "sí follar", y explicando que ella "folla con su padre", haciendo el gesto de que su padre le pone el pene en la boca, y que eso no le gusta, y que a su hermana Coro también se lo hace (explicando que aunque ella no lo ha visto, dijo que se lo ha dicho su padre).

Es relevante a la hora de valorar el testimonio de las niñas tener en cuenta que tenían una buena relación con el padre. Así lo ha reconocido el propio acusado en todo momento. Así lo ha declarado la madre de las niñas en todo momento (al folio 241, y en el acto del juicio). Así lo había declarado el padre del acusado, en la declaración preconstituida, obrante a los folios 374-5, y leída en el plenario al haber fallecido el testigo con anterioridad al juicio. Así lo refirió también la educadora social sra. Marcelina (folio 373 y acto del juicio). Lo mismo que las psicólogas del centro de acogida, una vez que las menores fueron inicialmente declaradas en desamparo (folio 260, y acto del juicio). En el mismo sentido habló en el acto del juicio la vecina d^a Paloma. Y también los especialistas psicólogos de la Guardia Civil (folio 125, y acto del juicio).

Tal y como explicaron los especialistas psicólogos de la Guardia Civil, no se observó ningún tipo de animadversión ni mala relación de las menores con su progenitor, ni se aprecia algún tipo de ganancia secundaria o derivada de la denuncia, ni por parte de las menores ni por la madre de estas.

Con respecto a esto último, también reiterar que no es la madre quien inicia las actuaciones, ni ha pretendido instrumentalizar el asunto para obtener algún tipo de ventaja en pleito civil. Aunque ni el acusado ni la sra. Begoña han aportado precisión acerca de cuándo se divorciaron y sobre la evolución de la relación personal, parece ser que la pareja ya se había divorciado en 2014 (así lo precisó el padre del acusado en la testifical preconstituida del mismo), pero que siguieron viviendo juntos (según explicó el acusado en el juicio, por falta de dinero, y para poder seguir repartiéndose el cuidado de las dos hijas; también la sra. Begoña explicó que el acusado seguía viviendo en el hogar familiar por las niñas). Es más, la primera reacción de la madre ante la denuncia fue de una cierta incredulidad (en la primera declaración practicada en instrucción, claramente se



posiciona creyendo al padre -folios 240 a 242-). Es tras haber tenido a sus hijas consigo durante las Navidades de 2017/18, cuando, según explicó, sus hijas (primero Claudia , y después también Coro) le cuentan a ella los abusos que habían sufrido, y cambia su postura. En la nueva declaración prestada el 9 de febrero de 2018 (folios 299 a 301) y en el juicio explicó las circunstancias en que sus hijas le contaron lo sucedido, reaccionando la madre en los términos que constan al folio 366-7 en la conversación telefónica que mantuvo con el acusado el día 28 de diciembre de 2017, en la que le recriminó enérgicamente su actuación.

Todos los psicólogos que han explorado y examinado a las menores no dudan en reconocer credibilidad a estas. Así lo han mantenido en todo momento los especialistas psicólogos de la Guardia Civil (folios 125 y 126, y acto del juicio). En el mismo sentido los psicólogos forenses (folios 276 y s.s., y acto del juicio). Nos parece también muy relevante lo declarado por la profesora de pedagogía terapéutica de Claudia , la sra. Estrella . Según hemos dicho ya con anterioridad, dicha testigo conocía muy bien a Claudia , puesto que se relacionaba a diario con ella desde hacía años (desde preescolar). Dicha testigo expresó que no cree que Claudia fabulara o inventara en este asunto. Ya había dicho al folio 239, sobre Claudia , "que no cree que tenga capacidad para inventarse historias". Y tanto dicha testigo como la directora del colegio refirieron que ninguna de las dos niñas había destacado por ser mentirosa; así como que no había tenido comportamientos sexuales o sexualizados, ni problema ni incidente alguno en este sentido con alumnos del centro (desvirtuando con esto las alegaciones que había hecho el acusado, el cual había declarado que una de las niñas había tenido un problema en el colegio con un niño que "le enseñaba la pílula").

La testigo sra. Dolores (tesorera de "Afanidad"), dijo que, aunque Claudia era "un bichito", "muy mentirosilla", se refería a cuestiones de poca envidia, y "que se le pillaba enseguida en la mentira". Dijo también que nunca observó que Claudia estuviera obsesionada en cosas de sexo o con asuntos de novios.

En parecido sentido, la vecina sra. Paloma (vecina de más de 30 años, pero que -aclaró- nunca había entrado en casa de sus vecinos) dijo que Claudia es de un carácter dominante, y que tendía a mentir, pero que se la pillaba enseguida porque es muy inocente. Dijo esta testigo que nunca les había oído alguna palabra de índole sexual.

Ya hemos dicho que las menores nos resultan creíbles, y en su relato siempre aparecen determinadas prácticas sexuales con su padre, con diversos detalles y precisiones muy significativas que entendemos que responden (esa es nuestra impresión y nuestro convencimiento indudable) a situaciones realmente vividas. No se aprecia una hipótesis alternativa mínimamente fundada y consistente. El acusado reiteró en el plenario que sus hijas son "fantasiosas", y que "se montan películas", así como que las ha pillado viendo en su teléfono móvil (en el de él) páginas porno, y viendo en la televisión cosas "de ese tipo". Pero no se aprecia para qué podrían haber inventado unos hechos como los que han referido con persistencia a lo largo de los años. El propio acusado dijo que "no sabe" a qué pueda responder ello, no pudiendo más que apuntar que "tienen tantas películas en la cabeza ...".

Insistimos en que la relación de las menores con su padre era buena. Y es también muy significativa la forma en que se pone de manifiesto la existencia de los abusos, en una conversación de la menor Claudia con una profesora suya con la que tenía contacto diario desde que era muy pequeña.

Las divergencias existentes en sus sucesivas exploraciones y declaraciones pueden deberse al tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos, y al tiempo transcurrido entre las sucesivas exploraciones y declaraciones, incrementado por el déficit intelectual que las testigos padecen, y por el hecho de que, desde que se produjeron los hechos, las dos hermanas han debido hablar sobre el tema a lo largo de varios años, y también les han hablado sobre ello desde distintas instancias (su madre, el centro de acogida en el que estuvieron -los psicólogos forenses en su informe explican que "en el centro de acogida les han hablado del tema"-, las sucesivas exploraciones). Tengamos en cuenta que el tema se destapa el 16 de diciembre de 2016, las menores son inmediatamente declaradas en desamparo, con acogimiento residencial, prorrogado, hasta que se deja sin efecto y las menores vuelven con su madre con un plan de intervención (folios 54 y s.s., 152 a 155, 247 y s.s., y 305 y s.s.), la exploración con los psicólogos de la Guardia Civil fue el 28 de diciembre de 2016, la exploración con los psicólogos forenses no fue sino hasta un año después (el 15 de diciembre de 2017), la exploración preconstituida el día 2 de abril de 2018, y el juicio el día 7 de junio de 2021. Es probable que a lo largo de casi cinco años, y tratándose de unas personas que tenían 11 y 13 años en 2016 y que sufren un DIRECCION003 relevante (especialmente Coro), las testigos hayan llegado a mezclar determinados recuerdos con lo que ellas han hablado y sobre lo que les han hablado. Pero lo que siempre ha estado presente y permanecido en su relato son las prácticas sexuales diversas a las que le sometía su padre, y (salvo en la exploración del 15 de diciembre de 2017) en particular los accesos carnales por vía bucal, descritos de forma a veces diversa en las sucesivas exploraciones y declaraciones, pero siempre coincidentes en lo sustancial en la forma de relatar dichas prácticas en sí mismas, con multitud de detalles y precisiones muy significativas que no creemos que puedan corresponderse con situaciones que no fuera realmente vividas por las menores.



El hecho de que en la exploración de 15 de diciembre de 2017 no se refirieran accesos carnales por vía bucal (o eso parece a la vista de las palabras textuales de las menores que los peritos refieren) pudo deberse a las reticencias de las menores a hablar del tema, y a que quienes realizaron la exploración no insistieron en ello tras haber escuchado a las menores referir otro tipo de abusos.

El parentesco existente entre el acusado y sus hijas planteaba la problemática acerca de cómo dar cumplimiento a la previsión contenida en los arts. 416.1 y 707 de la L.E.Crim.

A este respecto decíamos en nuestra sentencia núm. 363/20, de 26 de noviembre, lo siguiente:

"De manera confusa también se refirió el Ministerio Fiscal a las diligencias de investigación interesadas por el Ministerio Público en su escrito de 18 de abril de 2017. Pero dicha petición fue desestimada por resolución de 25 de septiembre de 2017, que tampoco fue recurrida.

SEGUNDO.- Dado el parentesco existente entre el acusado y la testigo Paulina (hija de aquel), se planteó la problemática acerca de cómo dar cumplimiento a la previsión contenida en los arts. 416.1 y 707 de la L.E. Crim.

Ya nos habíamos ocupado de estudiar esta problemática general de los artículos citados en relación con los testigos menores de edad en nuestra sentencia núm. 127/10, de 26 de marzo. En ella hacíamos referencia a las oscilaciones habidas en el TS al analizar esta cuestión (STS números 210/03, de 17 de febrero, 1225/04, de 27 de octubre, 326/06, de 29 de marzo, 959/06, de 11 de octubre, 625/07, de 12 de julio, 101/08, de 20 de febrero, 957/08, de 18 de diciembre, 1069/09, de 26 de octubre, 160/10, de 5 de marzo).

Con posterioridad a dicha sentencia citada, y a las sentencias del TS citadas en ella, el Alto Tribunal se ha ido decantando por considerar que el acceso a la dispensa de declarar ex art. 416 de la L.E.Crim. no está supeditado a que el testigo sea mayor de edad, y por exigir el cumplimiento de lo previsto en los arts. 416.1 y 707 de la L.E.Crim. aunque el testigo sea menor de edad, siempre y en todo caso, debiendo ejercitar la opción que el precepto ofrece o bien personalmente el propio testigo menor, cuando su edad y grado de madurez conllevan una capacidad suficiente para valorar o contrapesar los intereses en juego, y para poder ejercitar en condiciones de libertad y de conocimiento suficientes el derecho que le reconocen los artículos citados; o bien a través de representante, cuando el testigo menor de edad no tiene edad y madurez suficientes para poder ejercitar su derecho personalmente (sentencias del TS números 225/20, de 25 de mayo; 663/18, de 18 de diciembre; 205/18, de 25 de abril; 367/17, de 19 de mayo; 209/17, de 28 de marzo).

Pudiera considerarse que, tratándose de un derecho personalísimo (según es calificado en las sentencias recién citadas), o se ejercita personalmente por su titular o no se ejercita. Pero el TS parece decantarse por considerar que, tratándose de un derecho fundamental recogido en la Constitución (art. 24.2 párr. 2), no cabe la declaración testifical del pariente sin el previo ejercicio de dicho derecho.

No es fácil fijar una edad a partir de la cual pueda establecerse una presunción general de madurez para el ejercicio del derecho que nos ocupa; y no existe en el Ordenamiento un tratamiento unitario sobre la edad a partir de la cual los menores pueden realizar determinadas actuaciones. En las sentencias del TS citadas puede leerse a este respecto lo siguiente:

"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 tenga 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".

De lo que se trata es de determinar si en el caso concreto el menor, por su edad y grado de madurez, tiene capacidad suficiente para ejercitar la opción que le brinda el art. 416.1 de la L.E.Crim. En la STS núm. 225/20, de 25 de mayo, se hacen interesantes reflexiones sobre esto (ponente: Pablo Llarena Conde).

"Esa ponderación judicial del nivel de desarrollo emocional e intelectual del menor, así como de su capacidad por contrapesar los intereses en juego, cuando se trata de edades en las que estas cualidades del testigo pueden resultar controvertidas, impone al tribunal, no introspeccionar su conformidad o adhesión con la opción del menor, sino valorar la calidad de su opción, esto es, que la facultad se ejerce en las condiciones de libertad, de información, y de conocimiento con las que esencialmente se regiría el posicionamiento de una persona con plena capacidad de obrar. El Tribunal debe explorar que el menor alcanza a comprender, de una manera suficientemente sentada y reflexiva, cuál es la repercusión de su decisión respecto de todos los intereses que van a resultar concernidos y a los que hemos hecho anterior referencia. El órgano judicial debe tasar que el testigo guía su conclusión por los ordinarios parámetros de pensamiento libre, fundado e independiente con los que puede regir su esquema decisional en el caso concreto una persona formada. Si la edad es un elemento fundamental para evaluar el grado de madurez de un menor a estos efectos, existen otros parámetros que facilitan ponderar si está en condiciones de ejercer el derecho por sí mismo cuando la edad se ubica en unos márgenes que no sean lo suficientemente elocuentes. Que el testigo sea la víctima de los hechos que se enjuician o que, por el contrario, sea un mero observador de lo que aconteció, es un elemento que condiciona el reconocimiento de su facultad de optar; como lo es también la naturaleza pública o privada de la acción penal establecida para la persecución de los hechos; la gravedad del delito investigado; su repercusión punitiva; la gravedad del daño irrogado a la víctima; la naturaleza del vínculo del testigo con el procesado; la repercusión que su declaración pueda tener en su relaciones familiares futuras; o la repercusión psíquica con la que los hechos pueden sacudir el futuro del menor. Tampoco es irrelevante que el testigo pueda conocer la repercusión procesal de su posicionamiento en función de la existencia o ausencia de otros elementos probatorios; o que se ejerza la facultad de no declarar en la fase procesal de investigación y con ocasión de delitos cuyo plazo de prescripción empezará a computarse cuando el testigo-víctima alcance la mayoría de edad (art. 132.1 prf. 2), o por el contrario su decisión vaya a materializarse en el acto del plenario, lo que trascenderá inevitablemente a una decisión definitiva sobre los hechos sometidos a proceso".

Y en la STS núm. 205/18, de 28 de abril, se indica que a los menores les corresponde ejercitar la opción que brinda a los testigos el art. 416 de la L.E.Crim., incluso si uno de sus progenitores se ha personado en su nombre como acusación particular .

Cuando los testigos menores carecen de la necesaria madurez y capacidad para hacer por sí mismos un ejercicio responsable del derecho de dispensa que estudiamos, este derecho debe ser ejercitado por su representante. El problema en este punto surge cuando existe "conflicto de intereses" entre el menor y sus progenitores. Si el conflicto es con uno sólo de los progenitores titulares de la patria potestad, le representará el otro; si el conflicto es con los dos, se le deberá nombrar al menor un defensor judicial (arts. 162, 163, y 299.1 del C. Civil, y 27.1 a) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria). Así lo indica también el art. 26 de la Ley 4/15, sobre el Estatuto de la víctima del delito, con respecto al testigo menor que sea víctima.

Tal y como se indica en la STS núm. 225/20, la existencia de conflicto de intereses, o la presencia de intereses contrapuestos en el supuesto al que nos referimos surge "cuando el beneficio que una persona obtiene en una determinada coyuntura puede perjudicarse por el provecho que obtenga otro individuo al que representa, pues en tales supuestos surgen recelos sobre la integridad de las decisiones del actuante, cuestionándose si, en vez de cumplir con lo debido, lo que está guiando sus decisiones es la ventaja que él u otro de sus representados puede obtener"" .

En el presente caso fue determinante, a Ja hora de abordar la problemática planteada, la consideración de que se trata de un derecho personalísimo, y la edad de las hijas del acusado (una de ellas ya mayor de edad, y la otra, próxima a los 16 años). No obstante el DIRECCION003 que presentan las testigos (menos ostensible en Claudia), nos decantamos por considerar que, tratándose de un derecho personalísimo, vista la edad de las testigos y su grado de madurez, estaban en condiciones de ejercitar su derecho ellas mismas (en el caso



de Coro, su DIRECCION003 se compensa con el hecho de ser ya mayor de edad, en el caso de Claudia, el DIRECCION003 es menos ostensible, y ya está próxima a la mayoría de edad).

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de dos delitos continuados de abuso sexual a menores de 16 años, tipificado en los arts. 183.1, 3 y 4 a) y d), y 74.1 y 3 del C.P.; y de ellos es autor penalmente responsable el acusado (arts. 27 y 28 del C.P.).

En los escritos de acusación se habla de dos delitos continuados de agresión sexual. Pero lo cierto es que la calificación se hace en función de los apartados de los abusos sexuales, las penas pedidas son las correspondientes a los abusos sexuales, y no se refiere en la imputación fáctica que se hace el empleo de violencia o intimidación.

Se aprecia la existencia de dos delitos continuados, ya que se ha considerado probado que hay una pluralidad de acciones con respecto de cada una de las hijas, que infringen los mismos preceptos penales, y que, siendo cometidas aprovechando idéntica ocasión, conforman todas ellas un delito continuado por cada una de las víctimas de los abusos. Sabido es que el art. 74.3 del C.P., que en principio excepciona la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva respecto de los delitos constitutivos de ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, admite la posibilidad de apreciación del delito continuado respecto de las infracciones contra el honor y contra la libertad e indemnidad sexuales "que afecten al mismo sujeto pasivo".

Está especialmente indicado apreciar el delito continuado en casos como el que nos ocupa, en que se considera que han sido más de uno los ataques contra la indemnidad sexual de las menores, aprovechando idéntica ocasión, y no se pueden determinar con total precisión las fechas exactas de los distintos ataques.

Finalmente nos hemos decantado por apreciar la existencia de delito continuado en relación con Coro, aunque ésta en el plenario pareció declarar, por dos veces, que los hechos tuvieron lugar en una sola ocasión. Sin embargo, ello está en frontal contradicción con lo que había manifestado en las dos exploraciones practicadas anteriormente; y no está del todo claro a lo que se quiso referir la testigo en el plenario, ya que, aunque según decimos dijo en dos ocasiones que los hechos habían tenido lugar "una vez", o "una vez solo", es lo cierto que a renglón seguido de esta última afirmación, dijo que "una vez echó leche por el pene, eso blanco, dentro de su boca", dando a entender que hubo otras ocasiones en que no pasó esto.

En todo caso las consecuencias prácticas de apreciar también la existencia de delito continuado en relación con Coro quedan en buena medida mitigadas, si tenemos en cuenta que deberá aplicarse el límite de cumplimiento de 20 años, establecido en el art. 76.1 del C.P.

Se aprecia el subtipo cualificado del acceso carnal por vía bucal, del art. 183.3 del C.P., y las agravaciones previstas en el art. 183.4, letras a) y d) del C.P. Nos parece arquetípico el presente caso como manifestación del subtipo agravado en el que el autor de los abusos se prevale de una relación de superioridad o parentesco, al ser el padre de las víctimas. Y también consideramos que el nivel de desarrollo intelectual de las menores coloco a éstas en una situación de indefensión, pues les impidió poder cuestionar lo que su padre hacía.

TERCERO.- Para la determinación de las penas que han de imponerse habrá de estarse a lo dispuesto en los preceptos indicados, y a las reglas generales de individualización de penas del art. 66.1 del C.P.

El marco penal de los arts. 183.3 y 4 del C.P. de las penas de prisión queda delimitado entre los diez y doce años; y la apreciación del delito continuado hace que las penas de prisión deban imponerse a partir de la mitad superior de ese marco penal, en los términos previstos en el art. 74.1 inciso final del C.P.

Entendemos que procede la imposición de la pena en su extensión mínima, ya que las penas legalmente previstas son muy elevadas, y, según explicaron los peritos forenses sra. Caridad y sr. Evaristo, las víctimas no presentan somatizaciones, ni estado depresivo o ansioso como consecuencia de los hechos, presentando un estado afectivo estable, sin objetivarse sintomatología emocional que sea consecuencia de los hechos denunciados.

La imposición de penas de prisión de duración superior a 10 años debe de llevar aparejada (ex art. 55 del C.P.) la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena.

Asimismo, con arreglo a los art. 57 y 48 del C.P., procede imponer las penas de alejamiento interesadas por las partes acusadoras, que se imponen en la extensión solicitada.

Y el art. 192.1 del C.P. determina que se imponga la medida de seguridad de libertad vigilada, atendiendo a lo previsto en el art. 106.2 del C.P. Se impone en la extensión solicitada.

Y también se considera procedente, de conformidad con lo solicitado por las partes acusadoras, actuar la previsión contenida en el art. 192.3 del C.P., y privar al acusado de la patria potestad sobre sus hijas.



CUARTO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 109 y s.s. del C.P., y procede establecer una indemnización en favor de las víctimas de los delitos, por los daños y perjuicios morales sufridos, en concepto de responsabilidad civil derivada del delito.

Las partes acusadas cuantifican dicha responsabilidad civil en 30.000 euros para cada una de las perjudicadas por los daños morales causados.

No se explican por las partes acusadoras los parámetros o extremos tenidos en cuenta o subyacentes a la cuantificación que realizan de la indemnización por daños morales.

Por nuestra parte, entendemos que es procedente reconocer una indemnización a las víctimas de los delitos cometidos.

Es difícil cuantificar o reducir a dinero la indemnización por daños y perjuicios morales en casos como el que nos ocupa, dada la falta de parámetros objetivos que orienten dicha cuantificación.

Tal y como se recuerda en la sentencia del T.S. nº 89/03, de 23 de enero, la determinación del quantum indemnizatorio en casos como el que nos ocupa es competencia ponderadamente discrecional del Tribunal de instancia, sin más condicionantes (además de la limitación inherente a toda reclamación civil de no poder conceder más de lo pedido) que la necesidad de explicitar la causa de la indemnización y de atemperar las facultades discrecionales del Tribunal al principio de razonabilidad.

Aunque no se puede dejar de ponderar la gravedad a los hechos enjuiciados, y de tener en cuenta los cambios que los mismos supusieron en la vida de las menores, es relevante a los efectos que nos ocupan el hecho de que las víctimas, según han aseverado los peritos psicólogos forenses en todo momento, no presentan somatizaciones, ni estado depresivo o ansioso como consecuencia de los hechos, presentando un estado afectivo estable, y sin objetivarse sintomatología emocional que sea consecuencia de los hechos denunciados. Y en el presente caso no parece probable esperar que en el futuro puedan aparecer repercusiones psicológicas que no se hayan manifestado ya. Probablemente por el DIRECCION003 que las víctimas padecen, las graves repercusiones psíquicas y emocionales que por regla general producen unos hechos como los enjuiciados, son menores en este caso. Es por esto, y a falta de otros argumentos relevantes a los efectos que nos ocupan, por lo que prudencialmente se cuantifican las indemnizaciones por daños morales en 10.000 euros por cada una de las víctimas.

QUINTO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 123 del C.P., y 240 de la L.E.Crim., procede declarar la condena del responsable de los delitos al pago de las costas procesales (incluyendo dentro de estas, según es la regla general - pues no concurre circunstancia alguna que permita excepcionarla-, los gastos de abogado y procurador de la acusación particular.

Por cuanto antecede, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Jose Daniel , en cuanto que autor penalmente responsable de dos delitos continuados de abusos sexuales a menores de 16 años, de los arts. 183.1, 3 y 4 a) y d), y 74.1 y 3 del C.P., a las penas, por cada uno de ellos, de prisión de once años (con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena), y las prohibiciones de aproximación a menos de 500 metros del domicilio de sus hijas Coro y Claudia , o de su lugar de trabajo, o del lugar en que se encuentren, y de comunicación con ellas por cualesquiera medios, por tiempo de diez años.

Asimismo, se impone al acusado la medida de seguridad de libertad vigilada, por tiempo de ocho años, y la privación de la patria potestad, en su caso.

Asimismo, procede declarar la condena del acusado al pago de las costas procesales, y a que indemnice a cada una de las víctimas con la suma de 10.000 euros.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de apelación para el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el Tribunal Supremo, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá copia en papel del documento electrónico de la misma al presente rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.