



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064881

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 225/2020, de 25 de mayo de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3405/2018

SUMARIO:

Proceso penal. Prueba testifical. Obligación de declarar. Dispensa de declarar contra pariente.

Abuso sexual perpetrado sobre su hermana menor y posibilidad de no declarar de la víctima. El testigo tiene la obligación de declarar cuando ejercita la acción penal en el mismo procedimiento, puesto que en esos casos resultaría contrario al principio de *no ir en contra de los propios actos* y la facultad de abstenerse se recupera tan pronto como el testigo desista de su pretensión punitiva.

El derecho que ahora analizamos es de naturaleza personalísima, tanto para el testigo mayor de edad como para el menor con suficiente madurez, por tanto 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. 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. 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. Cuando carece de madurez, el derecho debe ser ejercicio a través de representante, en primer término sus padres salvo conflicto de intereses. Los intereses en conflicto que se debaten en este caso son los de solidaridad familiar y de eficacia de la Justicia, pero el titular de la facultad de decisión, o el interés desde el que se debe evaluar la decisión, es el de la persona cuyo testimonio se reclama, no el divergente interés paterno filial. Por ello aquí no puede ejercer representación el padre y se debe acudir a nombrar defensor judicial.

Pero proclamar que la menor carecía de madurez para ejercitar su derecho de manera libre e informada, y negar que los padres pudieran decidir en su nombre, en modo alguno facultaba al Tribunal de enjuiciamiento a que, de oficio o a instancia de la acusación pública, pudiera utilizarse como prueba de cargo la declaración prestada por la menor en sede de instrucción. Al no nombrarse defensor judicial se produce la nulidad de la declaración e imposibilidad de que en tales supuestos se incorpore el testimonio sumarial. Esta imposibilidad se hace extensiva a los testimonios recabados en sede sumarial como prueba testifical preconstituida, máxime cuando tampoco en ella se permitió ejercer el derecho de dispensa.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP).

Ley de Enjuiciamiento criminal, arts. 410, 416, 417, 418, 433, 448, 702, 707 y 730.

Constitución Española arts 18.1, 24 y 39.1.

Código civil, arts. 46, 152, 162, 163, 177, 299 317 y 663.

Ley 1/2000 (LEC), art. 700.

Ley 4/2015 (Estatuto de la víctima del delito), art. 26.

**PONENTE:**

Don Pablo LLarena Conde.

Magistrados:

Don PABLO LLARENA CONDE
Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 225/2020

Fecha de sentencia: 25/05/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3405/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/05/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3405/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 225/2020

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente



D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 25 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto el Recurso de Casación 3405/2018 interpuesto por Pio, representado por el procurador D. Rodolfo González García bajo la dirección letrada de D. Ángel García Ortiz, contra la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2018 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, en el RPL Apelación Resoluciones del art. 846 Ter LECrim 28/2018, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por Pio contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, el 21 de mayo de 2018, en el Rollo de Sala 13/2017, que condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito continuado de abusos sexuales sobre persona menor de 13 años, de los artículos 183.1, 4 d), 74 y 66.1.6.º del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción n.º 4 de los de Burgos incoó Sumario 1/2017 por delito de agresión sexual continuado a menor de 16 años, contra Pio, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera. Incoado el Rollo de Sala 13/2017, con fecha 21 de mayo de 2018 dictó sentencia n.º 186/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

« ÚNICO.- Que se considera expresamente probado y así se declara el acusado Pio mayor de edad y sin antecedentes penales, entre al menos Septiembre de 2015 y Junio de 2016, realizó diversos actos de carácter sexual con su hermana Almudena (nacida el NUM000 de 2008) y que por aquél entonces cursaba 2º de Primaria, ocurriendo estos hechos en el domicilio familiar sito en AVENIDA000 nº NUM001 de Burgos, normalmente en la habitación de Pio.

En concreto, Pio, en varias ocasiones, sin que se pueda precisar fechas concretas, pero sí en dicho periodo de tiempo, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, realizó tocamientos a su hermana Almudena en la zona de la vagina y en el culo. Asimismo, Pio en varias ocasiones le pidió a su hermana Almudena que le tocara el pene y que se lo chupase, accediendo Almudena a ello y encontrándose Almudena desnuda cuando ocurrían estos hechos.

Para conseguir que su hermana Almudena accediese a estas peticiones, Pio se valía de la posición que su condición de hermano mayor le otorga y prometiendo a Almudena que si accedía a lo que le pedía le daría un premio que solía ser dinero o dejarle un rato el teléfono móvil.

No ha quedado probado que Pio durante los años 2013 y 2014 realizase actos de carácter sexual para satisfacer sus deseos lúbricos con sus hermanas Herminia, Lourdes y Matilde.» (sic).

Segundo.

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

« F A L L A M O S.

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Pio como autor penalmente responsable de un delito continuado de abusos sexuales en la persona de su hermana Almudena sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 5 años de prisión con accesoria de Inhabilitación Especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.



Y, conforme al art. 57.1 en relación con el art. 48 la pena de prohibición al acusado de aproximación a su hermana Almudena a menos de 500 metros de la misma, de su domicilio, o cualquier otro lugar en que se encuentre; todo ello durante un periodo de tiempo de 6 años.

Debiendo el acusado de indemnizar Almudena en el importe de 3.000 € por daño moral, más el interés legal del art. 576 de la L.E.Cr. y con expresa imposición al acusado de las costas causadas por este delito.

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Pio del delito continuado de abuso sexual continuado respecto de Herminia, con declaración de las costas de oficio por este delito.

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Pio del delito continuado de abuso sexual continuado respecto de Lourdes, con declaración de las costas de oficio por este delito.

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Pio del delito continuado de abuso sexual continuado respecto de Matilde, con declaración de las costas de oficio por este delito.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que contra ella cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Abónese en su caso el tiempo de prisión provisional y el tiempo pasado de prohibición de aproximación impuesto como medidas cautelares en la orden de protección.» (sic).

Tercero.

Interpuesto recurso de apelación por Pio contra la indicada sentencia, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla y León que conoció del recurso, dictó sentencia el 26 de septiembre de 2018 en la Apelación Resoluciones del art. 846 Ter de la LECrim. 28/2018 con el siguiente FALLO:

«Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el condenado contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, con costas al apelante.» (sic).

Cuarto.

Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Pio, anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.

El recurso formalizado por Pio, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Al amparo del artículo 852 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la dispensa a no declarar sobre los hechos presuntamente delictivos por razón de parentesco del artículo 24.2 de la Constitución Española en relación con los artículos 416.1, 418 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segundo.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la intimidad familiar y a la protección jurídica de la familia del acusado, y los vínculos de solidaridad que existen entre el imputado en causa penal y su familia, de los artículos 18.1 y 39.1 de la Constitución Española, en relación con los artículos 416.1, 418 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tercero.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española.

**Cuarto.**

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, por vulneración del derecho a la dispensa a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos por razón de parentesco del artículo 24.2 de la Constitución Española en relación con los artículos 416.1, 418 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Quinto.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la obtención de la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, del artículo 24.1 de la Constitución Española por quebranto de normas y garantías procesales que causan indefensión, derivado de la aplicación indebida de los artículos 777 y 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e inaplicación del párrafo 3.º del artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sexto.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, por vulneración del derecho a la obtención de la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, del artículo 24.1 de la Constitución Española por quebrantamiento de los principios de contradicción y de defensa deriva de la inaplicación del artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Séptimo.

Por infracción de ley al amparo del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del apartado d) del n.º 4 del artículo 183.1 del Código Penal, con las consiguientes repercusiones penológicas que ello conlleva.

Sexto.

Instruido el Ministerio Fiscal, en escrito fechado el 14 de febrero de 2019, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 20 de mayo de 2020 prolongándose hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

1. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Burgos, en su Rollo de Sala 13/2017, procedente del Sumario 1/2017 de los del Juzgado de Instrucción n.º 4 de esa misma capital, dictó sentencia el 21 de mayo de 2018 en la que condenó a Pio como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual perpetrado sobre su hermana Almudena, imponiéndole la pena de 5 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros o de comunicarse con su víctima durante el tiempo de 6 años. Todo ello condenándole al pago de las costas procesales causadas en la tramitación del procedimiento en la instancia.

La sentencia fue confirmada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en sentencia de 26 de septiembre de 2018, que desestimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación del penado y condenó al apelante al pago de las costas causadas con ocasión de la tramitación del recurso.

Contra esta resolución se interpone ahora el presente recurso de casación, que se estructura en siete motivos.



2. Los motivos primero y segundo, formulados los dos por cauce del artículo 852 LECRIM, coinciden en denunciar la vulneración de los derechos constitucionales del recurrente. Sostiene el recurso que la sentencia de apelación impugnada debió anular la prueba testifical de cargo en la que se basó el pronunciamiento condenatorio dictado en la instancia. Considera que el Tribunal de instancia vulneró el derecho de Almudena de no declarar contra su hermano Pio, habiéndose quebrantado con ello, tanto el derecho de dispensa de declarar por razón de parentesco recogido en el artículo 24 de la Constitución Española, como los derechos a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y a la protección jurídica de la familia del acusado (art. 39.1 CE).

3. Un análisis correcto de la cuestión que se plantea en el recurso impone concretar las circunstancias acaecidas durante el enjuiciamiento en lo que le hacen referencia.

El recurrente fue acusado como autor de cuatro delitos continuados de abuso sexual perpetrados contra sus hermanas Herminia, Lourdes, Matilde y Almudena. La sentencia de instancia le absolvió de los cargos que venían referidos al ataque a la libertad sexual de sus tres hermanas mayores, condenándole por los hechos perpetrados contra Almudena.

En esencia, el pronunciamiento absolutorio resulta de la falta de prueba de las imputaciones primeras, pues las hermanas Herminia, Lourdes y Matilde (de 18, 16 y 14 años de edad respectivamente al momento de la celebración del juicio), se acogieron a la dispensa de declarar contra su hermano formulada en el artículo 707 de la LECRIM, en relación con el artículo 416 del mismo texto, entendiendo el Tribunal de enjuiciamiento que su decisión impedía la incorporación de la declaración que sí realizaron durante la instrucción del sumario; todo ello, puesto en relación con la ausencia de cualquier otro elemento probatorio que pudiera esclarecer la realidad de la tesis acusatoria.

En lo que hace referencia al delito continuado de abuso sexual sobre Almudena, hermana menor del acusado, el Tribunal de instancia rechazó que Almudena pudiera acogerse a la dispensa de la obligación de declarar contra el acusado porque, al contar con diez años de edad a la fecha de la celebración del juicio oral, carecía de la madurez necesaria para comprender y valorar la significación de su derecho. El tribunal de enjuiciamiento declinó también recabar el parecer de los progenitores, sosteniendo la sentencia que los precedentes jurisprudenciales en los que se había reconocido al progenitor la facultad de decidir sobre este aspecto, eran supuestos en los que la decisión parental autorizó que el menor declarara ante el órgano judicial, mientras que en el presente caso lo que se pretendía era evitar la declaración y que no se reprodujera tampoco el testimonio prestado en sede de instrucción, algo que conduciría -considera el Tribunal- a que la menor quedara desamparada y sin tutela judicial efectiva. Afirma también el Tribunal que el ejercicio de la dispensa conllevaría una sentencia absolutoria y la desestimación de la pretensión civil ejercida por el Ministerio Fiscal, destacando que en vía civil se requiere autorización judicial para renunciar a un crédito en nombre de un menor. Por estas razones, el Tribunal de instancia rechazó oír el parecer de la menor y de sus padres, acogiendo sin embargo la petición del Ministerio Fiscal de que se procediera al visionado de la declaración que, como prueba preconstituida, había prestado la menor en la fase de instrucción, de conformidad con los artículos 730, en relación con el artículo 448 y 433 de la LECRIM; declaración de 24 de noviembre de 2016 de la que se extrajo el testimonio de cargo, así como el informe pericial psicológico sobre la credibilidad del testimonio (emitido el 20 de febrero de 2017), en los que se asienta la condena.

Tras denunciarse en apelación que el Tribunal de instancia hubiera ignorado el derecho a ser dispensada de declarar contra un hermano (pese a que el padre de la niña reclamó la excepción cuando el Tribunal adoptó la decisión de no llamar a Almudena a declarar y valorar la prueba anticipada), el Tribunal de apelación rechaza el recurso a partir de la incompatibilidad de intereses del padre, quien presenta la doble condición de ser padre de la víctima y del acusado. Coincide con el Tribunal de instancia en que la dispensa de la obligación de declarar conduciría a dejar a la menor huérfana de amparo y privada de su derecho a la tutela judicial efectiva, contrariando así lo dispuesto en el artículo 2.4 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia. Entiende la sentencia impugnada que la decisión del Tribunal de instancia salió al paso de la situación de desamparo en la que hubiera quedado la menor de haberse aceptado la renuncia, validando la decisión de traer al plenario la exploración de la menor practicada como prueba preconstituida por las propias razones expresadas en la sentencia de instancia.

El presente recurso insiste en que se ha ignorado el derecho a poder abstenerse de declarar contra un hermano, pues se impidió que el derecho fuera ejercido por el representante legal de la menor, además de haberse sustituido el testimonio presencial y directo por la reproducción de la prueba videográfica preconstituida en instrucción. Expresa que la contradicción de intereses entre el padre y Almudena debe ser real y que no puede fundarse en perjuicios hipotéticos o en sospechas pues, de otro modo, siempre sería apreciable. Sostiene el recurso que no se ha acreditado ningún conflicto de intereses en este caso y que, bien al contrario, el padre



siempre veló por el interés de sus hijas, tomado la decisión de sacar del hogar familiar a su hijo mayor, alejándolo de sus hermanas, tan pronto como supo de la posible agresión que se enjuicia. En todo caso invoca que, de entenderse que existe un conflicto de intereses, el derecho debería haber sido ejercido a través de un defensor, de conformidad con los artículos 163 y 299 del CC, pero que la opción de dispensa no corresponde en ningún caso al Ministerio Fiscal.

Segundo.

1. Nuestro ordenamiento jurídico impone la obligatoriedad de colaborar con la Justicia a aquellos que tengan conocimiento de circunstancias o extremos que puedan servir para el esclarecimiento de los hechos que son objeto de un proceso penal (art. 410 y 702 de la LECRIM). Un deber general que se excepciona para los testigos que mantienen determinados vínculos de parentesco o de relación con el sujeto pasivo de la acción penal. Concretamente, el artículo 416.1 de la LECRIM dispone que, entre otros supuestos, están dispensados de la obligación de declarar: " Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil..."; añadiendo el artículo 418 del mismo texto que: " Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416". Una dispensa que para el acto del plenario se recoge en el artículo 707 de la Ley procesal, al fijar que " Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos".

2. La dispensa de la obligación del testigo de colaborar con la Administración de Justicia se configura como un derecho individual de rango constitucional, en la medida en que los preceptos citados son el reflejo y el desarrollo de la previsión contenida en el artículo 24.2 de la CE, que fija " in fine" que " La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos". Se muestra así como un derecho de los ciudadanos en relación con el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, si bien con la singularidad, destacada por la doctrina constitucional y jurisprudencial, de que se proyecta a favor del testigo en un proceso y no de las partes que se integran en él, sin que exista un derecho del encausado a que no declaren contra él las personas referenciadas en las normas reguladoras anteriormente expuestas (STC 94/2010, de 15 de noviembre).

El derecho encuentra su justificación en razones de estricta eficacia procesal, así como en razones de conciencia , esto es, en la significación natural y social de determinados vínculos parentales, cuya intensidad y duración pueden colocar al testigo entre la difícil tesitura de colaborar con la Justicia diciendo la verdad sobre unos hechos con la transcendencia que sugiere que presenten una estrecha conexión con un delito, o preservar la incuestionable solidaridad y afecto que puede unir al testigo con el procesado, cuando se puede tener la voluntad de preservar y no comprometer sus relaciones de futuro. Decíamos en nuestra STS 486/2016, de 29 de octubre, que, «la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ese es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento». Pero recalcábamos también en nuestra STS 134/2007, de 22 de febrero, que la dispensa de declarar «tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado», remarcando así los motivos de conciencia que refleja nuestra jurisprudencia, de la que es también ejemplo la STS 703/2014, de 29 de octubre, con cita de la STEDH, de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger vs. Austria.

Se añade que cuando el testigo puede ser al tiempo la víctima de unos hechos penalmente perseguibles, el vínculo de solidaridad con el procesado no solo se enfrenta a la obligación de colaboración veraz con la Justicia, sino que pugna también con el interés que el testigo pueda tener a que se sancionen los comportamientos eventualmente sufridos por él, sin que en estos supuestos decaiga tampoco el derecho del testigo a ser dispensado de la obligación de declarar contra el procesado, sino que el derecho es conservado y protegido por nuestro ordenamiento jurídico, de manera que el aprovechamiento del privilegio no es sino el resultado de la libre



preponderancia que el testigo conceda a las distintas ventajas entre las que está facultado a discriminar. Por ello, y a diferencia de lo que la sentencia impugnada y de instancia sostienen, la libre opción del testigo en estos supuestos no resquebraja o anula su derecho a la tutela judicial efectiva, sino que, cuando es adecuadamente desplegada y el ejercicio responde al fundamento de su previsión, supone la materialización de la tutela, aun cuando comporte el sacrificio de alguno de los intereses contrapuestos en los términos para los que el testigo está constitucionalmente autorizado a disponer.

3. Siendo la facultad analizada un derecho de rango constitucional, por más que su ámbito de aplicación personal se acote por la legislación ordinaria, además de resultar ineludible el respeto de su contenido esencial, se impone una interpretación restrictiva de sus limitaciones, propiciando la máxima amplitud del derecho (STS 205/2018, de 25 de abril). Decíamos en esta sentencia, con relación al derecho que analizamos, que "No puede recortarse éste interpretativamente sin un fundamento claro, preciso e indiscutible, No significa esto que el legislador no pueda hacerlo en un futuro. El legislador cuenta con ciertos márgenes -bastante amplios dada la muy genérica formulación del art. 24 CE y su casi global remisión al legislador- si se plantea una reforma de este régimen, reclamada por muchos, para establecer limitaciones o modulaciones. Pero este Tribunal no puede erigirse en legislador inventando excepciones donde la ley no las prevé y afectando así, sin previa interposición legislatoris a la generalidad con que el derecho está consagrado a nivel constitucional: está permitido su desarrollo legal, también con limitaciones; pero no su limitación con la única base de criterios jurisprudenciales no anclados directamente en la ley sino en consideraciones de política criminal más o menos atendibles, pero no explícitamente asumidas por el legislador".

Consecuentemente con ese criterio interpretativo, hemos considerado que el derecho alcanza a los beneficiarios legales aun cuando su unión haya terminado por disolución del matrimonio o por el cese definitivo de la situación análoga de afecto, siempre que el ejercicio del derecho no se proyecte sobre hechos acaecidos con posterioridad a la disolución; esto es, que la obligación de declarar como testigos solo existe para hechos que sobrevengan cuando los vínculos de solidaridad familiar han terminado y siempre que la disolución persista cuando el testigo sea llamado a declarar (STS 459/2010, de 14 mayo entre otras, así como Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, reflejado en SSTS 459/2016, de 26 de mayo o 205/2018, de 25 de abril). El propio Tribunal Constitucional, pese a inadmitir la cuestión de constitucionalidad que se le presentaba, en su auto 187/2006, de 6 de junio, proclamaba: "Al respecto hemos de convenir con el Fiscal General del Estado en que no puede aceptarse que la convivencia se erija en ratio de la excepción regulada en el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los sujetos eximidos de la obligación de declarar por este precepto legal pueden acogerse a esta dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado."

Con la misma regla de excepcionalidad hemos proclamado que el testigo tiene la obligación de declarar cuando ejercita la acción penal en el mismo procedimiento, puesto que en esos casos resultaría contrario al principio de no ir en contra de los propios actos que alguien pueda activar los mecanismos de la Administración de Justicia y al mismo tiempo pretender obstaculizar su realización. En todo caso, consecuencia última de la interpretación restrictiva de cualquier limitación del derecho, recientemente concretábamos que la facultad de abstenerse se recupera tan pronto como el testigo desista de su pretensión punitiva. Así lo reflejó la Sala en su Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 28 de enero de 2018, en cuyo punto 2 establecía que: " No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición", posicionamiento que se sustentó en la ya indicada y reciente sentencia del TS 205/2018, de 25 de abril.

Tercero.

1. Respecto al desempeño de esta facultad, hemos expresado que el derecho que ahora analizamos es de naturaleza personalísima, tanto para el testigo mayor de edad como para el menor con suficiente madurez, si bien entendemos que no siempre exige de un ejercicio expreso por su titular, pues la actitud procesal del testigo puede ser indubitadamente reveladora de su decisión de primar el deber de colaborar eficazmente con el proceso sobre el vínculo de solidaridad y familiaridad que le una con el acusado. Así, la STC 94/2010, de 15 de noviembre, expresaba que: "...difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416 LECRIM cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la



dispensa que le confería el art. 416 LECrim. A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 LECRIM resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad, que ha menoscabado, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 3, el ius ut procedatur del que es titular la demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad". Doctrina que también ha mantenido esta Sala en resoluciones, de la que es ejemplo la STS 699/2014, de 28 de octubre.

2. Respecto de la edad de desempeño de este derecho personalísimo, la STS 209/2017, de 28 de marzo (en el mismo sentido se expresa la STS 205/2018, de 25 de abril) destacaba que: "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".

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.

Cuarto.

Cuando, como en este caso, no se cuestiona que el menor carece de la madurez necesaria para ejercitar por sí mismo el derecho de dispensa que analizamos, la jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que el derecho debe ser ejercicio a través de representante, lo que se ha concretado en el ejercicio del derecho por aquellos que velan por los intereses del menor, esto es, los padres como sus representantes legales ex art. 162 CC, concretándose que corresponderá a uno solo de los progenitores cuando se aprecie un conflicto de intereses entre el otro progenitor y el menor (art. 163 CC).

El recurso niega que pueda apreciarse en los padres un conflicto de intereses por aspirar también a la protección de su hijo acusado, denunciando que con este argumento se les ha negado legitimación para decidir si la menor debía de acogerse o no a la dispensa de declarar contra su hermano.

Yerra en esto el recurso. La gestión de intereses contrapuestos 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. Como se ha dicho, los intereses en conflicto que se debaten en este caso son los de solidaridad familiar y de eficacia de la Justicia, pero el titular de la facultad de decisión, o el interés desde el que se debe evaluar la decisión, es el de la persona cuyo testimonio se reclama, no el divergente interés paterno filial. Unos y otros se enfrentan a la posible incompatibilidad de preservar la relación familiar y favorecer la actuación judicial, pero confluyen en ellos circunstancias distintas que, por su singularidad, les impulsan a decisiones no necesariamente coincidentes, apareciendo el riesgo de que los padres condicionen la concepción familiar y el interés victimológico de la menor, a partir del afecto paterno-filial que comparten ella y el acusado. Se muestra así acertado el rechazo del Tribunal a que los progenitores pudieran ejercer la dispensa de declarar que correspondía a la menor, lo que no significa que el posicionamiento de la Sala de apelación, y de la sentencia de primera instancia que aquella confirma, fuera el adecuado.

Proclamar que la menor carecía de madurez para ejercitar su derecho de manera libre e informada, y negar que los padres pudieran decidir en su nombre, en modo alguno facultaba al Tribunal de enjuiciamiento a que, de oficio o a instancia de la acusación pública, pudiera utilizarse como prueba de cargo la declaración prestada por la menor en sede de instrucción.

Cuando el Ministerio Fiscal es la única parte que sostiene la acusación, su reclamación de que el testimonio de la menor se incorpore al material probatorio que permite sustentar la pretensión punitiva, es una opción que puede enfrentarse a los intereses de la menor en igual medida, pero en sentido inverso, al recelo que se identifica si los progenitores resuelven la indicada cuestión. Por otro lado, que el órgano judicial resolviera el incidente a partir del pronóstico de cuál sería el resultado del enjuiciamiento si la menor no declaraba, además de anteponer la valoración de la prueba a su práctica, entraña un corrimiento del derecho puesto que, como hemos dicho, el mismo corresponde al testigo y, en coherencia con su naturaleza personal, no puede ser usurpado por el Tribunal. Por ello, aun cuando en aquel caso se analizaba un supuesto en el que la dispensa se había reclamado por una testigo mayor de edad y el Tribunal le había negado su eficacia, indicábamos en nuestra STS 459/2010, de 14 de mayo: "... no cabe discutir en modo alguno el derecho de la denunciante a ejercer esa dispensa que la propia Ley le otorgaba cuando de él dispuso, sustituyendo una decisión libre y voluntaria de una persona mayor de edad y capaz, por criterios de orientación tuitiva, cuando no impropiamente " paternalistas", en forma de facultades



que el Tribunal se atribuye y que tienden a suprimir la libertad del ciudadano en la disposición y ejercicio de sus derechos".

La proscripción de usurpación del derecho por el Tribunal no se desvanece porque la testigo sea menor de edad, ni porque se haya identificado un conflicto de intereses en los padres de ser representada por ellos, pues, en coherencia con la trascendencia constitucional del derecho y con su naturaleza personal, el artículo 163 del CC refleja que si en algún asunto el padre y la madre tuvieren un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Una previsión que la sentencia impugnada desactiva afirmando que, ni Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito, ni la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, han establecido una regulación específica para el ejercicio por menores de edad de la dispensa de los artículos 416 y 707 de la LECRIM, remarcando además que los padres no podían decidir la cuestión dado que el artículo 2.4 de la LO 8/2015 dispone que: " En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

La consideración del Tribunal resulta desacertada en su doble argumento.

De un lado, porque identifica como interés protegible del menor el que puedan esclarecerse los hechos con su testimonio, subordinando el derecho a la solidaridad familiar, que la sentencia contempla como si no fuera un interés del menor, sino del acusado o sus padres. La lectura del artículo es incorrecta en cuanto que lo que la norma favorece es el respeto de los derechos de los menores frente a otros intereses legítimos de terceros, y el interés del menor que hay que amparar en este caso es que el menor pueda ajustar su comportamiento a la preferencia que priorice entre el esclarecimiento de los hechos o el silencio, que es justamente lo que se ha desatendido.

En segundo término, el legislador, precisamente en consideración a la frecuencia con la que el ejercicio de este derecho puede toparse con agresiones a menores perpetradas por quienes les representan, ha introducido la previsión normativa que las resoluciones impugnadas niegan que exista. El artículo 26 de la Ley 4/2015, sobre el Estatuto de la Víctima por el Delito, al hacer precisamente referencia a las medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, prescribe que el Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial que represente a la víctima en el proceso penal cuando, entre otros supuestos, sus representantes legales tengan con ella " un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal". El cumplimiento de esta reciente y específica previsión legal, aun cuando va a comportar un singular esfuerzo en actuaciones procesales concretas, es lo que garantiza que el menor pueda disponer del derecho de previsión constitucional en todos aquellos supuestos en los que, para un observador imparcial, sus representantes legales o el Ministerio Fiscal (art. 3.7 EOMF) puedan verse constreñidos en su función tutelar. Una defensa jurídica que, ponderando las circunstancias concretas que ya hemos descrito al hacer referencia a los criterios que sirven para evaluar la madurez del menor, y supervisando siempre que el menor no presente rasgos o actitudes que hagan sospechar que pueda sentirse atemorizado o presionado, permitirá que el menor ejerza el derecho de manera fundada y, ahí sí, considerando la especial protección que, en un sentido o en otro, merece el testigo desvalido.

Quinto.

Nuestra jurisprudencia ya ha expresado que la omisión del derecho a obtener la dispensa de declarar como testigo (bien porque no se reconozca el derecho que se ejercite, bien porque no se informe de la facultad de ejercerlo), no lleva a la nulidad del juicio sino a la nulidad de la declaración concernida (SSTS 304/2013, de 26 de abril y 854/2013, de 30 de octubre, entre otras).

Hemos proclamado también que la omisión del derecho supone la imposibilidad de utilizar la declaración de instrucción como prueba de cargo. Carecería de sentido acudir en este supuesto a lo declarado por el testigo en la fase de instrucción para sustentar el pronunciamiento condenatorio, pues no solo la actuación procesal contravendría de igual modo la eficacia del ejercicio del derecho, sino que privaría a la defensa de garantías tan básicas para su tutela como cuestionar la credibilidad de la prueba mediante el interrogatorio practicado a presencia del Tribunal que ha de conocer del enjuiciamiento de los hechos que se le atribuyen, máxime cuando la situación no tiene cabida en ninguno de los supuestos que, con carácter excepcional y tasado (arts. 714 y 730 LECr), habilitan valorar el material probatorio extraído de forma oral, pública, contradictoria e inmediata, ante el propio Juzgador (STS 459/2010, de 14 de mayo).



Cierto es, y así se proclama en la sentencia impugnada, que la declaración de la testigo que se rescata es el resultado de la preconstitución de la prueba en sede de instrucción, y que se ajusta a las previsiones procesales recogidas en el artículo 448 de la LECRIM, con las precauciones de amparo a la menor que refleja el artículo 433 de la ley procesal. No obstante, la posibilidad de preconstitución del testimonio en tal coyuntura, ni puede vaciar el derecho de opción de la testigo que asiste al plenario, pues la preconstitución no se configura legalmente con ese objetivo, ni desde luego puede validar una prueba que ya incorporaba el mismo vicio de nulidad que el recurso denuncia, dado que en la fase de instrucción tampoco se ofreció a la menor que pudiera acogerse a la dispensa en cualquiera de los modos anteriormente expresados.

Aun cuando el interrogatorio se practicó con intervención del abogado de la defensa, la declaración sumarial se abordó sin informar a la testigo o a los padres que la trasladaron obedeciendo a una imperativa citación judicial (a quienes se impidió incorporarse a la declaración, siendo obligados a esperar en el exterior), que existía el derecho de no declarar contra su hermano; habiendo eludido el instructor activar el mecanismo previsto para que la dispensa pudiera ser ejercida por un defensor judicial en su nombre, pese a que la declaración se abordó el 24 de noviembre de 2016 y que la previsiones normativas de la Ley 4/2015 a las que se ha hecho referencia, entraron en vigor el 1 de julio de 2015.

Los motivos deben ser estimados.

Sexto.

El tercer motivo se formula por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a la presunción de inocencia .

Como se ha explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, cuando se alega infracción del derecho a la presunción de inocencia la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio. Una verificación que alcanza a que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio (STS 1125/01, de 12 de julio) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

Excluida, en los términos que se han expuesto, la validez de la declaración en la que la menor afirmó haber sufrido tocamientos sexuales por su hermano, no se refleja en la sentencia impugnada ningún otro elemento probatorio que refleje la realidad de los hechos en los que se asienta la condena.

El motivo debe ser estimado, sin necesidad de entrar a pronunciarse sobre el resto de los motivos objeto del recurso.

Séptimo.

Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

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

Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Pio, contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2018 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el RPL Apelación Resoluciones del artículo 846 Ter LECrim 28/2018, en la que confirmó la sentencia dictada el 21 de mayo de 2018 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos en su Rollo de Sala 13/2017. En su consecuencia, se anula esa resolución en lo que hace referencia a la condena del acusado como autor de un delito continuado de abuso sexual perpetrado sobre su hermana Almudena, declarándose de oficio las costas causadas en la tramitación del procedimiento en ambas instancias y manteniéndose el resto de pronunciamientos absolutorios que en dicha resolución se contienen.

Se declaran de oficio las costas causadas en su recurso.



Comuníquese esta sentencia y la que seguidamente se dicta al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Pablo Llarena Conde

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION NÚM.: 3405/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Ltrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 25 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto la causa RPL Apelación Resoluciones del artículo 846 Ter LECrim 28/2018, seguida por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, seguida para la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, el 21 de mayo de 2018, en del Rollo de Sala 13/2017, dimanante del Sumario n.º 1/2017, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de los de Burgos, por un delito de agresión sexual continuado a menor de 16 años, contra el recurrente Pio, nacido en Burgos el NUM002 de 1995, hijo de Emilio y Micaela, con DNI n.º NUM003, en la que se dictó sentencia por el mencionado Tribunal Superior de Justicia el 26 de septiembre de 2018, que ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia rescindente estimó el recurso de casación que formuló la representación de Pio contra la Sentencia dictada el 26 de septiembre de 2018 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el sentido de anular dicha resolución y proclamar la inexistencia de prueba de cargo que sostuviera la responsabilidad penal de Pio declarada en la sentencia de 21 de mayo de 2018 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, en su procedimiento Rollo de Sala 13/2017. En su consecuencia, procede absolver al acusado del delito continuado de abuso sexual sobre su hermana Almudena del que venía acusado.

FALLO

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

Que debemos absolver y absolvemos a Pio del delito continuado de agresión sexual sobre la menor Almudena, declarándose de oficio las costas causadas en la tramitación de la presente causa en todas sus instancias, con reserva de acciones civiles si hubiera lugar y se tuviera por conveniente.

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Pablo Llarena Conde

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.