



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065032

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 457/2020, de 17 de septiembre de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 206/2019

SUMARIO:

Proceso penal. Reglas de exclusión probatoria. Dispensa de declarar contra determinados parientes. Atenuante de reparación del daño. Abuso sexual.

Reglas de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida y de la prueba derivada de una prueba practicada con violación de los derechos fundamentales. Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado".

Por contra, lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada. Puede así concluirse que la fuente probatoria que analizamos sí se obtuvo con quebranto del derecho del acusado a su intimidad, y aun con conculcación del derecho al secreto de sus comunicaciones respecto de quienes no participaban en ellas. La regla de exclusión sería plenamente operativa en aquellos supuestos en los que la actuación del particular busca hacer acopio de datos probatorios destinados a incorporarse al proceso penal, pero que cuando el particular actúa por propia iniciativa y desborda el marco jurídico completamente desvinculado de la actuación del Estado, en tales supuestos no activa un marco de garantías constitucionalmente dispuestas para impedir el acopio estatal de fuentes de prueba en el marco del proceso penal, que es lo que contempla el art. 11 de la LOPJ al fijar la regla de exclusión que en él se recoge.

Respecto a la dispensa de declarar contra determinados parientes, existe el deber de informar del derecho de dispensa de la obligación de denunciar a determinados parientes. Dicha exigencia supone una información formal y específica, bastando la ilustración sustantiva de esa facultad. Pero no resulta necesaria la advertencia cuando es el testigo mismo quien pone en marcha con su denuncia o querrela la actividad jurisdiccional. La participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase prejudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar salvo en algunos casos de "denuncia espontánea". Uno segundo en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del art. 416 LECRIM. Y uno tercero en el Plenario, en el que, deberá también hacerse la información del derecho, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase.

Atenuante de reparación del daño: Cuando la actuación económica consiste en consignar una cantidad dineraria antes del juicio y no se deja constancia expresa de que el dinero se aplique a reparar incondicional e irrevocablemente los perjuicios causados y con independencia de cuál sea el resultado del proceso, no existe título para aplicar el dinero a otro destino que cubrir la fianza que se haya podido establecer de manera imperativa en una resolución judicial previa. Consecuentemente, no nos encontramos con la actuación configuradora de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, sino con una consignación en garantía de las eventuales responsabilidades civiles que puedan llegar a dictarse. Delitos que amparan bienes jurídicos personales y hechos que entrañan un ataque de suma gravedad y que comporta para la víctima una lesividad difícil de integrar en su experiencia vital.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.5, 74 y 183.1.

Ley enjuiciamiento criminal, arts. 142, 261, 416.1, 418, 433, 448 y 707.



Constitución española, arts. 18 y 120.

PONENTE:

Don Pablo Llarena Conde.

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don ANA MARIA FERRER GARCIA
Don PABLO LLARENA CONDE
Don CARMEN LAMELA DIAZ
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 457/2020

Fecha de sentencia: 17/09/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 206/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal

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

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 206/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 457/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.



D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 17 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 206/2019 interpuesto por Rodrigo, representado por la procuradora doña Andrea Dorremochea Guiot bajo la dirección letrada de don Alejandro Toribio Fernández de Pinedo, contra la sentencia dictada el 7 de diciembre de 2018 por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, en el Rollo de apelación penal 66/2018, en el que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del ahora recurrente contra la sentencia de fecha 12 de julio de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda, en el Rollo penal abreviado 13/2018, en la que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual continuado a menor de dieciséis años con prevalimiento de parentesco, de los artículos 183.1 y 4 d) y 74.1 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 Vitoria incoó Procedimiento Abreviado 1523/2016 por delito continuado de abuso sexual, contra Rodrigo, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda. Incoado el Rollo penal abreviado 13/2018, con fecha 12 de julio de 2018 dictó sentencia n.º 240/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" PRIMERO.- El acusado, con domicilio en la CALLE000, NUM000 de la localidad de Vitoria - Gasteiz, desde principios del año 2015 hasta el 31 de agosto de 2016, de modo reiterado, en diversas ocasiones, aprovechándose de su condición parental respecto a su hija se acercaba a Rosaura que entonces contaba con catorce años por haber nacido el día NUM001 de 2.001. En estas ocasiones, el acusado solía iniciar juegos con la menor, haciéndole cosquillas, invitándole a dormir con él y con el fin de satisfacer sus deseos sexuales, le quitaba la camiseta, tocándole los pechos así como la vagina por encima de la ropa. En una ocasión la menor se encontraba en el baño donde entró su padre desnudo, mientras que ella estaba en ropa interior porque se acababan de duchar. Después fueron a su cuarto, ella seguía en braga y sujetador, él seguía desnudo, solo con el albornoz, jugando con ella, pudiendo observar que a él le salió semen, que manchó un poco su cama.

El acusado cometía los hechos en el domicilio en que vivía con su pareja sentimental, Beatriz, junto con su hija, Rosaura. El acusado solía cometer los hechos aprovechando la ausencia de Beatriz, por motivos laborales.

Segundo.

El acusado ha ingresado en la cuenta de consignaciones del Juzgado la cantidad de 5000 euros, en concepto de responsabilidad civil, con anterioridad a la celebración del juicio."

Segundo.

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:



" FALLAMOS:

CONDENAMOS a Rodrigo como responsable en concepto de autor de un delito de abuso sexual continuado a menor de dieciséis años con prevalimiento de parentesco a la pena de 5 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, la medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años, así como prohibición de aproximarse a menos de doscientos metros de la persona de la víctima, de su domicilio, centro escolar y de cualquier otro lugar que frecuente , así como de comunicarse con la misma por cualquier medio por un periodo de 6 años.

Se impone así mismo a Rodrigo la privación de la patria potestad sobre la menor hasta que ésta cumpla la mayoría de edad.

En concepto de responsabilidad civil Rodrigo deberá indemnizar a Rosaura (en las personas de sus legales representantes) en la cantidad de 5000 euros por los daños morales padecidos , cantidad que ya ha sido ingresada en la cuenta de consignaciones del Juzgado por lo que deberá ponerse a disposición de la menor.

Procede la condena al pago de las costas procesales."

Tercero.

Contra dicha resolución la representación de Rodrigo interpuso recurso de apelación, y elevados los autos a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia el 7 de diciembre de 2018 con el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS

DESESTIMAMOS el Recurso de apelación interpuesto por representación procesal de Rodrigo contra la sentencia de fecha 12 de julio de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Álava - Sección Segunda- en el Rollo penal abreviado 13/2018, por el delito de abuso sexual, que se confirma. Con imposición de costas al recurrente.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante RECURSO DE CASACIÓN que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de CINCO DÍAS siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar."

Cuarto.

Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Rodrigo, 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 Rodrigo, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Al amparo del artículo 852 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 18 de la Constitución Española en cuanto a la garantía del derecho a la intimidad personal y familiar, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones.

Segundo.

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española en cuanto al derecho a un proceso con todas las garantías en la obtención de pruebas.

Tercero.



Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art. 24. 2 de la Constitución Española en cuanto al derecho a la presunción de inocencia.

Cuarto.

Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art. 24. 2 de la Constitución Española en cuanto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Quinto.

Al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba. Se señala como documento la declaración de la supuesta víctima en soporte digital como prueba preconstituida.

Sexto.

Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del tipo penal contemplado en el art. 183.1 del Código Penal.

Séptimo.

Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del tipo agravado de prevalimiento del art. 183. 4 d) del Código Penal.

Octavo.

Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de la continuidad delictiva prevista en el art. 74.1 del Código Penal.

Noveno.

Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación como muy cualificada de la atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 del Código Penal.

Décimo.

Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6 del Código Penal.

Sexto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito fechado el 12 de abril 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 16 de septiembre de 2020 prolongándose hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Álava, en su Procedimiento Abreviado n.º 13/2018, procedente del Procedimiento Abreviado 1523/2016 de los del Juzgado de Instrucción n.º 4 de los de Vitoria, dictó sentencia el 12 de julio de 2018, en la que condenó a Rodrigo como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual sobre menor de 16 años, con prevalimiento de parentesco en su condición de padre de la víctima, imponiéndole las penas de prisión por tiempo de 5 años; inhabilitación especial para el derecho de



sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; libertad vigilada por el mismo tiempo; así como prohibición de comunicarse o aproximarse a menos de 200 metros de Rosaura por un periodo de 6 años, y la privación de la patria potestad que ejercía sobre su hija Rosaura hasta que esta alcance la mayoría de edad.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación del acusado, que fue desestimado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su sentencia de 7 de diciembre de 2018 que ahora se impugna.

Segundo.

La representación del acusado y condenado, Rodrigo, formula su recurso de casación a partir de la formalización de diez motivos distintos. El primero de ellos se formaliza 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 intimidad personal y familiar, a la inviolabilidad domiciliaria y al secreto de las comunicaciones, todos ellos recogidos en el artículo 18 de la CE.

1. El acusado ha sido condenado como autor de un delito continuado de abuso sexual perpetrado contra su hija Rosaura. Denuncia que el procedimiento se inició tras incorporarse la grabación de una conversación que, de manera presencial, mantuvieron entre el padre y la menor. La grabación se obtuvo por la pareja sentimental del acusado (Beatriz), que colocó de manera subrepticia un mecanismo en el pasillo de la vivienda en la que residían los tres. El motivo denuncia que el instrumento probatorio se obtuvo con quebranto del derecho del acusado a la intimidad personal y familiar, así como de sus derechos al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio.

Solicita por ello que se declare la nulidad de la grabación. Defiende también que el resto del material probatorio es igualmente nulo: De un lado, en aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, dado que las pruebas en las que descansa la condena se obtuvieron a partir de la información obtenida con la grabación ilegítima. De otro, puesto que Beatriz facilitó a los agentes la grabación y la información con la que se inició el procedimiento sin que los policías le hubieran informado previamente de su derecho a no declarar en contra de su pareja sentimental.

2. Es indudable que el contenido específico del sistema procesal de garantías, presenta la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con quebranto de los derechos fundamentales como una de las precauciones más características. La regla procesal arranca de la jurisprudencia americana que, en términos generales, proclamó que los materiales probatorios obtenidos por las fuerzas del orden público violentando los derechos procesales reconocidos en la Constitución Federal, no pueden ser utilizados en la fase decisoria de los procesos penales a efectos de acreditar la culpabilidad o inocencia de los ciudadanos cuyos derechos fueron violados.

La regla de exclusión (exclusionary rule) de las pruebas o evidencias obtenidas indebidamente (evidence wrongfully obtained), se asentó en razones éticas, puesto que aceptar en el juicio oral pruebas incriminatorias obtenidas por la policía mediante actuaciones contrarias a los derechos constitucionales, supondría una convalidación de tales actuaciones y desacreditaría la actuación sustantiva de un Poder Judicial al que corresponde garantizar la legalidad y custodiar la recta aplicación del ordenamiento jurídico. No obstante, en la medida en que una fundamentación ética de la regla de exclusión así formulada solo respondería a preservar la integridad de la actuación del Poder Judicial y no del resto de elementos estatales, el mayor peso justificativo de la exclusión de la validez de estas pruebas se ha hecho descansar en un efecto disuasorio de la violación misma, esto es, para hacer efectivos los derechos constitucionales mediante la renuncia a aprovechar la potencia demostrativa de aquellas pruebas alcanzadas con violaciones de derechos esenciales, como instrumento que disuada a las fuerzas del orden de transgresiones futuras.

En todo caso, la doctrina mayoritaria concluye que la exclusión de la prueba en estos supuestos no es expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada. En el mismo sentido, nuestro Tribunal Constitucional, en su STC 114/1984, de 29 de noviembre, reflejaba (FJ 2) que: "... no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos. Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental. Con ello no quiere decirse que la admisión de la prueba ilícitamente obtenida -y la decisión en ella fundamentada- hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de



amparo constitucional. Tal afectación -y la consiguiente posible lesión- no puede en abstracto descartarse, pero se producirán solo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 242 CE)". Y añadía que "Hay, pues, que ponderar en cada caso, los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita".

3. Es evidente que la ponderación de intereses que entran en conflicto en el supuesto enjuiciado no puede realizarse sobre un eventual quebranto del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues la actuación que el recurrente denuncia se desplegó por una de las personas que legítimamente residía en la vivienda en la que el instrumento de grabación se instaló. Tampoco invade indebidamente la intimidad familiar del acusado, dado que la grabación se tomó por quien formaba parte del grupo parental conviviente y se realizó en el espacio común del pasillo de la morada familiar. Por tanto, el análisis debe ajustarse al eventual quebranto del derecho del acusado al secreto de sus comunicaciones y de su derecho a la intimidad.

4. Al respecto, la STC 114/1984 antes expresada (FJ 7), cuya fundamentación reproduce la STC 678/2014, de 20 de noviembre (FJ 3), considera que "sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de " comunicación", la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. Tras declarar que el concepto de " secreto" en el art. 18.3 tiene un carácter " formal", en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado, el Tribunal Constitucional proclamaba que esta condición formal del secreto de las comunicaciones comporta la presunción " iuris et de iure" de que lo comunicado es " secreto" en un sentido sustancial, de modo que la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional (respetar el secreto o no invadir el contenido comunicacional), no son los comunicantes, sino cualquier otro individuo ajeno a la misma. Concluía así diciendo que "quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado".

5. Respecto del derecho a la intimidad personal, que es reconocible para cualquier interlocutor incluso respecto de eventuales divulgaciones que haga al otro participante en la comunicación, la doctrina constitucional (STC 170/2013, de 7 de octubre) declara que: "el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), "implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana". A fin de preservar ese espacio reservado, este derecho "confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido". Así pues, "lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada" (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 93/2013, de 23 de abril, FJ 8). En cuanto a la delimitación de ese ámbito reservado, hemos precisado que la "esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena"; en consecuencia "corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno" (STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 3), de tal manera que "el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad" (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2). Asimismo, también hemos declarado que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5)".

6. Puede así concluirse que la fuente probatoria que analizamos sí se obtuvo con quebranto del derecho del acusado a su intimidad, y aun con conculcación del derecho al secreto de sus comunicaciones respecto de quienes no participaban en ellas. Si bien la grabación se obtuvo en una zona común de su residencia y, en principio, con la posibilidad de percepción por quienes comparten el espacio en el que la conversación se desarrolla, concurren circunstancias específicas que muestran que los comunicantes contaban con una expectativa razonable de confidencialidad o intimidad, pues para la captación de la conversación hubo de instalarse un mecanismo de grabación, ubicarse en un lugar oculto, y hacerlo funcionar en un momento en el que los interlocutores estaban solos y dentro de un inmueble en que cualquier otra persona tiene vedado su acceso.



La conversación solo pudo obtenerse de una manera furtiva, habiéndose adoptado todos los mecanismos precisos para inmiscuirse en una conversación ajena que, de ningún otro modo, se hubiera desvelado a terceros extraños a ella.

7. Aun cuando la valoración de una prueba ilícita es en principio contraria al contenido material del derecho a la presunción de inocencia por las razones disuasorias ya expuestas, hemos destacado en nuestra jurisprudencia (STS 116/2017) que, "la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del ius puniendi, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría".

Para esta segunda categoría de supuestos, y sin que la formulación pueda entenderse generalizable sin un previo y férreo control de las circunstancias en las que los derechos constitucionales han sido vulnerados y se incorporan después al proceso penal por los intervinientes en el mismo, hemos proclamado que la regla de exclusión sería plenamente operativa en aquellos supuestos en los que la actuación del particular busca hacer acopio de datos probatorios destinados a incorporarse al proceso penal, pero que cuando el particular actúa por propia iniciativa y desborda el marco jurídico completamente desvinculado de la actuación del Estado, en tales supuestos no activa un marco de garantías constitucionalmente dispuestas para impedir el acopio estatal de fuentes de prueba en el marco del proceso penal, que es lo que contempla el art. 11 de la LOPJ al fijar la regla de exclusión que en él se recoge (SSTS 116/2017, de 23 de febrero y 508/2017, de 4 de julio). Decíamos concretamente en la STS 116/2017 que: "la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión solo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito".

8. Lo expuesto muestra que la vulneración del derecho del acusado al secreto de sus comunicaciones, así como el quebranto de su derecho a la intimidad, sobrevenidos ambos por grabarse subrepticamente la conversación que mantuvo con su hija Rosaura en la mañana del día 29 de agosto de 2016, no comporta la nulidad de la evidencia obtenida, pues no consta que la grabación se realizara con la finalidad de obtener irregularmente pruebas orientadas a impulsar o servir en un eventual proceso penal.

Por más que Beatriz instaló los mecanismos de grabación para confirmar su sospecha de que el acusado tenía una inapropiada relación con su hija, la constatación no buscaba ni se tradujo en la interposición de una denuncia o en el impulso del proceso penal que ahora culmina. Antes al contrario, una vez que Beatriz conoció el contenido de la conversación, telefoneó de forma anónima a las dependencias de la policía municipal de su localidad para, desvelando los hechos, conocer qué podía o debía hacer. El atestado inicial refleja su actuación amparada en el anonimato, además de la persistencia de Beatriz en no desvelar su identidad pese a ser requerida para ello. Se recoge también que la única indicación que aceptó la pareja del acusado fue la de acudir personalmente al Servicio de Protección a la Infancia y, aunque después los servicios municipales terminaron por identificar a Beatriz y la mujer entregó la grabación a los agentes, queda constancia que persistió en su negativa a facilitar los datos de identidad de las personas intervinientes en la conversación, de modo que estos datos terminaron por ser descubiertos en virtud de específicas diligencias de investigación desplegadas por el grupo policial actuante. Incluso se refleja que, aun entonces, Beatriz se opuso a denunciar los hechos, y la única actuación personal que emprendió a partir de su grabación fue abandonar el domicilio familiar el día 20 de septiembre de 2016.

Se muestra así que la ilícita actividad estuvo impulsada por un interés personal, sin finalidad procesal específica.

Tercero.

1. Respecto de la posible nulidad de la actuación policial inicial, el recurso defiende su invalidación porque, en el momento de la denuncia policial, Beatriz no fue informada de su derecho a no declarar en contra del acusado, tal y como exige el artículo 24.3 de la CE, en relación con el artículo 416 de la LECRIM.

Debe recordarse lo que ya expresábamos en nuestra STS 160/2010, de 5 marzo.

Destacamos entonces que la cuestión no ha resultado del todo pacífica en la jurisprudencia. La STS. de 18 de diciembre de 1991 señalaba que no resulta necesaria la advertencia cuando es el testigo mismo quien pone en



marcha con su denuncia o querrela la actividad jurisdiccional, encontrando cierto seguimiento en la STS de 6 de abril de 2001, que afirma que "cuando el testigo que se encuentre vinculado con el inculpado en la forma prevista en dicha disposición, se presente espontáneamente ante la autoridad, de tal manera que su renuncia al ejercicio de la facultad otorgada por dicho precepto resulte concluyentemente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba. La expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima".

En el mismo sentido, la muy conocida STS de 27 octubre de 2004 (sigue diciendo la sentencia que conduce aquí nuestra argumentación) viene a precisar que el presupuesto de la dispensa del artículo 416.1 es que medie la obligación de declarar. Y razona que "En el presente caso no existe tal presupuesto en la medida que fue María Cristina quien espontáneamente acudió a la Comisaría de DIRECCION000 -folio 1- denunciando a su padre, denuncia que inició el procedimiento judicial, y en esta situación en que es la propia víctima la que denuncia, es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene y menos con el alcance que pretende darle el recurrente.

Un examen de las actuaciones pone de manifiesto que tras la declaración/denuncia inicial de la víctima, se le recibió en sede judicial -folio 21- en concepto de perjudicado, a presencia del Juez, Secretario y Letrado designado expresamente por el detenido. Ninguna tacha puede efectuarse a tal declaración que, por ello, es susceptible de ser valorada e integrar la actividad de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia".

En sentido coincidente con las resoluciones anteriores, encontramos el ATS de 29 de marzo de 2006, que reitera la doctrina expuesta en la sentencia citada en último lugar, de que en una situación como la que se contempla, en la que la víctima, hija menor afín del acusado es la que espontáneamente denuncia los hechos poniendo en marcha el procedimiento penal, las prevenciones del art. 416 son superfluas y su omisión no tiene ninguna relevancia.

Por su parte, la STS de 12 de julio de 2007, avanzó un paso más, al señalar que el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece un derecho renunciante en beneficio de los testigos, pero no de los denunciadores espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección.

En el mismo sentido (continúa la sentencia), la STS de 20 febrero de 2008 a que antes hemos hecho referencia, declaraba la nulidad de las declaraciones efectuadas por una mujer testigo e incluida en el ámbito del 416.1, porque no fue advertida de su derecho, precisando con meridiana claridad que "Esa dispensa es un derecho del que deben ser advertidos las personas que encontrándose en esa relación sean requeridas para participar a la indagación de hechos delictivos con una manifestación sobre lo que tengan conocimiento y que contribuyan al esclarecimiento de lo que se investiga. Resulta del precepto que analizamos que es un derecho del pariente del que debe ser advertido y que actúa cuando se produce un previo requerimiento por la fuerza instructora o el Juez de instrucción. Es decir, así como no es preceptivo realizarlo respecto a la persona que acude a la policía en demanda de auxilio, sí que es necesario realizarlo cuando, conocida la "notitia criminis", se indaga el delito".

No obstante este criterio jurisprudencial, predomina en la actualidad el de establecer la obligatoriedad de la advertencia tanto en sede policial como judicial, y dentro de ésta en cada una de las dos fases del proceso -instrucción y plenario-, así como que los efectos de la no observancia de dicha obligación es la nulidad de la declaración prestada y la consiguiente imposibilidad de su valoración por el juzgador.

El planteamiento se expresa, entre otras, en las SSTS. de 28 de noviembre de 1996, 18 de abril de 1997, 17 de diciembre de 1997 y 26 de mayo de 1999, que entendieron que es obligación del Juez instructor de un proceso penal advertir a los testigos que se encuentren dispensados de la obligación de declarar por ser pariente del acusado, con la consecuencia de que la declaración prestada sin esta advertencia será nula.

Criterio que se ha mantenido en sentencias como la de 10 de mayo de 2007, en la que se señalaba que el deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416,1.º LECrim alcanza no solo al Juez sino también a la policía, declarando prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que entrega la droga a la policía y no fue advertida ni de la exención del deber de denunciar ni de la dispensa de la obligación de declarar, por lo que el Tribunal determinó que tal omisión acarrearía la nulidad de las restantes pruebas y la absolución del acusado.

La STS. de 20 de febrero de 2008 acuerda la nulidad de las declaraciones sumariales incorporadas al juicio oral mediante su lectura, respecto de la mujer unida al acusado por análoga relación de afectividad a la



matrimonial, por no haber sido advertida por la policía ni por el Juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en el juicio.

Igualmente la STS. 13/2009 de 20 de enero acuerda que, cuando declaran como testigos los familiares a los que se refiere el artículo 416.1 de la LECRIM, una de las garantías que deben ser observadas en sus declaraciones reside en la previa advertencia de su derecho a no declarar contra el procesado, así como acerca de que la ley, aun no prestando declaración como tal, le permite realizar las manifestaciones que considere oportunas. En realidad no se trata de un derecho del testigo a no declarar en la causa, sino a no hacerlo en contra del procesado al que le une el vínculo familiar. Es cierto que si decide declarar debe ajustarse a la verdad, es decir, no está autorizado a mentir a favor del procesado, pero también lo es que no está constreñido a declarar en su contra.

Por otra parte, con carácter más general, el artículo 418 de la misma Ley, que no se refiere directamente al procesado, exime al testigo, con las excepciones que contempla, de la obligación de declarar respecto de cualquier pregunta cuya contestación pueda perjudicar de una forma directa e importante, en términos de dicho artículo, ya a la persona ya a la fortuna de cualquiera de los parientes a los que se refiere el artículo 416, lo que sin dificultad puede extenderse al procesado. Parece que, si esta posibilidad se reconoce a quien está obligado a declarar, debe asimismo reconocerse a quien declara por propia iniciativa.

Es claro, de otro lado, que la situación de quien declara ante el Juez no es la misma si lo hace bajo el juramento o promesa de decir verdad con la conminación de las posibles consecuencias derivadas en caso de incurrir en falso testimonio, que si se le advierte de sus derechos legales a no contestar. Consecuentemente, las declaraciones prestadas contra el procesado por los parientes que señala la ley, sin la previa advertencia prevista en el artículo 416 de la LECrim., en cuanto que no han sido prestadas con todas las garantías, deben reputarse nulas y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la misma Ley. En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado.

En este sentido la STS. 129/2009 de 10 de diciembre, en un supuesto de una testigo, hija del acusado, en el acto del juicio oral y aun cuando ya había prestado declaración durante la instrucción, optó por abstenerse de declarar, de acuerdo con los arts. 707 y 461.1 de la LECrim., vino a sostener que la "libre decisión de la testigo en el acto del juicio oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado de acuerdo con el art. 707 LECrim. en relación con el art. 416 LECrim. en el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial", e insistió en que tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permite la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el Juicio Oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario".

En resumen, concluye la STS 160/2010, la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase prejudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el art. 261 LECRIM, salvo en algunos casos de "denuncia espontánea". Uno segundo en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del art. 416 LECRIM. Y uno tercero en el Plenario, en el que, a tenor de lo dispuesto en el art. 707 LECRIM, deberá también hacersele la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase.

2. De conformidad con la referida doctrina, no puede apreciarse la nulidad en la denuncia en el caso de autos.

Lo que el recurso reprocha es que en la primera comunicación con los agentes policiales se desveló que la mujer informante era pareja del sospechoso, y que los policías locales no le informaran de su derecho a no facilitar datos que pudieran ser utilizados en un proceso penal contra su pareja, presionándola sin embargo para que entregara una grabación que no era su deseo aportar.

La reprobación desatiende que existió un reconocimiento material y sustantivo de la facultad de la denunciante de no promover un proceso contra su pareja.

Beatriz telefoneó de manera anónima a la Central de Operaciones de la Policía Local de Vitoria y participó que una conversación entre su pareja afectiva y su hija menor, aparentemente reflejaba una relación sexual paternofamiliar y de abuso, detallando que tenía grabada la conversación. Se puso en contacto a la informante (que



mantuvo su anonimato) con el Grupo de Intervención Familiar de esa Policía Local, siendo entonces informada de que los hechos que relataba podían ser constitutivos de un delito grave, y de que si pretendía su persecución debía acudir al Servicio de la Infancia. Con conocimiento de su posibilidad de opción y de las eventuales consecuencias de una persecución de los hechos, y sin que en ningún momento se le trasladara que tenía una obligación legal de denunciar, la informante accedió a personarse en las dependencias policiales para entregar la grabación y entrevistarse después con el Servicio de Infancia, manteniendo sin embargo su negativa de facilitar los datos de su identidad, pues afirmaba que no quería que la niña se pusiera en su contra. Tras esa voluntaria aportación de los datos que quiso desvelar, y con pleno respeto de aquellos otros sobre los que ejerció su reserva, fueron las indagaciones policiales las que permitieron la identificación del eventual responsable y la niña supuestamente abusada, lo que llevó al Ministerio Fiscal a interponer la correspondiente denuncia (3 de enero de 2017).

Tras ella, no se cuestiona que Beatriz ha prestado sus testimonios con expresión precisa del contenido de los artículos 416 y 707 de la LECRIM.

Cuarto.

1. Por último, invoca el recurso la nulidad de la totalidad de la prueba practicada por aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado.

La alegación invoca la regla de exclusión de la prueba indirectamente obtenida con quebranto de los derechos fundamentales, esto es, que aun cuando las fuentes de prueba se han obtenido lícitamente, son nulas por haber aprovechado en su obtención toda la información ofrecida por otras fuentes probatorias viciadas por la violación de los derechos constitucionales del acusado. Es decir, que la prueba de cargo que fundamenta la condena (testifical y pericial) deriva de la información que se obtuvo con la conversación grabada de forma ilegítima, esto es, de una prueba que comportó la violación del derecho del acusado a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE); de su derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE); del derecho al secreto en sus comunicaciones (art. 18.3 CE), y del derecho a no declarar por razón de parentesco recogido en el artículo 24 de la CE.

2. La sentencia de esta Sala 811/2012, de 30 de octubre, así como las sentencias 511/2015, de 21 de julio; 747/2015, de 19 de noviembre o 259/2018, de 30 de mayo que la reiteran, destacan que la conexión de antijuridicidad, también denominada prohibición de valoración, supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado. Como se ha expresado, nuevamente la prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en el derecho a un proceso con todas las garantías, que impide la utilización de un medio probatorio en cuya obtención se haya producido una vulneración de derechos constitucionales, mientras que su concreción legal se refleja en el art. 11.1 -inciso segundo- de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que " no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

Consecuentemente, y como sintetiza la sentencia impugnada, que se incorporara adecuadamente al proceso la conversación mantenida por el acusado con su hija (en los términos que ya se han expresado anteriormente), aleja cualquier reproche constitucional a las pruebas derivadas, esto es, a las declaraciones testificales y periciales que se prestaron después y que el Tribunal de instancia contempló para proclamar la realidad de los hechos atribuidos al acusado.

3. En todo caso (por agotar todos los planos de argumentación del recurrente), en el hipotético supuesto de que la aportación de la grabación al proceso fuese realmente nula (que no lo es), ello no determinaría la nulidad del material probatorio en el que descansa la condena.

La prohibición de obtener pruebas con violación indirecta de los derechos fundamentales y, consecuentemente, la obligación de excluir los elementos acreditativos que resulten afectados, se reconoce doctrinal y jurisprudencialmente más complicada de plasmar que la regla de exclusión de la prueba directa e ilícitamente obtenida.

En nuestra sentencia del Pleno de la Sala Segunda 2/2011, de 15 de febrero, como en STS 811/2012 entre muchas otras, siguiendo la sentencia de Pleno del TC 81/98, hemos proclamado que la conexión entre la fuente ilegítima y las pruebas derivadas, no es un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada, esto es, se trata de un mecanismo de conexión/desconexión cuyo control debe realizar el órgano judicial que ha de valorar el conjunto o



cuadro del material probatorio en el proceso penal de referencia, lo que se hará a partir de una doble perspectiva de análisis. Una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho constitucional violado. Y una perspectiva externa, que resulta de las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho conculcado exijan. Teniendo en consideración que estas dos perspectivas son complementarias, pues -decíamos- solo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho, y si la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, dado que su valoración no incidirá negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.

De este modo se reconocen excepciones a la regla de exclusión de la prueba indirectamente obtenida con violación de derechos fundamentales a partir de una conexión de antijuridicidad atenuada, la cual puede surgir de elementos variables: como cuando la prueba, además de la fuente ilegítima, también se obtiene de otra fuente adornada de todos los requisitos constitucionales (doctrina de la fuente independiente); cuando la prueba obtenida como consecuencia de la ilegalidad originaria, consta con certeza que hubiera terminado por cosecharse posteriormente por medios legales (doctrina de la fuente independiente hipotética o del descubrimiento inevitable); o cuando, desde las evidencias materiales obtenidas originariamente con quebranto de los derechos constitucionales, el encausado confiesa voluntariamente su responsabilidad, pues en esos supuestos las garantías con las que se prestan estas declaraciones durante la instrucción y en el juicio oral constituyen un eficaz medio de protección o defensa frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima (SSTC 161/1999 o 2/2000, entre otras). Es este último un supuesto en el que la libertad de decisión de los acusados para declarar sobre los hechos que se les imputen, permite romper " cualquier conexión causal" con el acto ilícito, siempre que el afectado aborde su confesión: plenamente informado de sus derechos procesales; goce de la efectiva asistencia letrada; tenga un adecuado conocimiento de la causa y de las vicisitudes constitucionales que le afectan; y siempre que se aprecie además una cierta desconexión temporal entre la fuente ilegítima y el reconocimiento, de modo que quede garantizada la voluntariedad y espontaneidad de la confesión.

4. Lo expuesto refleja la improcedencia del motivo pues: la prueba en la que se asienta la condena es jurídicamente ajena a la vulneración del derecho que el recurso denuncia; y su aprovechamiento no incide negativamente en el derecho fundamental sustantivo del acusado.

4.A. Además de que la investigación descansa en la más básica necesidad de protección de una menor sometida a la exclusiva patria potestad de su progenitor, debe observarse que la grabación únicamente aportó a Beatriz un convencimiento reforzado de la realidad de unos hechos de los que ya sospechaba.

Consta que Beatriz vivía con el acusado y con la hija de este, lo que le había posibilitado presenciar que el trato que su pareja dispensaba a la niña no era adecuado a su relación parental. Ella misma describe que la relación paternofamiliar era sugerente de una realidad de abusos. Concretamente admitió que el padre y la hija, desde dos años antes de la grabación, reflejaban una relación de pareja, habiendo llegado a observar que el padre abrazaba a la hija por detrás y aprovechaba para tocarle los pechos. Unos hechos por sí mismo explícitos y sin los cuales tampoco la grabación hubiera aportado el indubitado sentido que la denunciante obtuvo.

De ese modo, la investigación policialmente desplegada pudo impulsarse con el simple relato de la pareja del acusado y no precisaba reforzarse con la corroboración objetiva de verosimilitud que se analiza y cuya validez se cuestiona. La investigación no exigió la adopción de ningún mecanismo de indagación injerente en los derechos fundamentales del acusado, pues se limitó a la toma de declaración de la menor y a practicar con ella la prueba pericial que la sentencia analiza, de modo que la mera denuncia de los comportamientos que Beatriz presenció personalmente, eran bastantes para emprender la instrucción que se ha hecho, aun sin haber contado con la grabación aportada.

4. B. Y desde una consideración de la necesidad de proteger los derechos constitucionales del acusado que resultan afectados, debe observarse:

i. Que su derecho al secreto de las comunicaciones no es oponible frente a la menor que conversaba con él, esto es, que su derecho constitucional carece de contornos de protección respecto de su hija, que fue quien relató lo acontecido a la autoridad judicial a partir, entre otras razones, de los elementos de sospecha que habían sido directamente percibidos por Beatriz.

ii. Que el revestimiento protector de la intimidad que normalmente velaría el contenido de la conversación, se descompone legítimamente con el interrogatorio judicial a su hija, puesto que, una vez que había sido presentada la correspondiente denuncia por el Ministerio Fiscal, la intromisión indagatoria se justifica por los hechos que Beatriz observó por sí misma.



Por todo lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

Quinto.

1. El segundo 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 un proceso con todas las garantías en la obtención de pruebas.

Pese a la formulación del motivo, su desarrollo incide en la denuncia de que se han quebrantado las reglas de exclusión probatoria que ya han sido analizadas, además de proclamar que se ha producido un quebranto de su derecho a la tutela judicial efectiva. Este último, por entender que concurre el vicio de incongruencia omisiva en cuanto a no ofrecerse razones de por qué se rechaza la aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado.

2. El derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 24.1.º de la Constitución Española, comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los Jueces y Tribunales, lo que presupone que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, tal y como refleja el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y como prescribe de manera directa el artículo 120.3.º de la Constitución, y de forma implícita la prohibición de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos que impone el artículo 9.3.º de la misma (SSTS 522/2008, de 4 de diciembre y 800/2015, 17 de diciembre).

La doctrina reiterada de esta Sala viene declarando que, con relación temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, existe un vicio procesal de incongruencia omisiva cuando no hay decisión de la pretensión o cuestión formulada, siempre que la cuestión tenga relevancia para el sentido del fallo; pero teniendo en cuenta que la respuesta no necesita extenderse a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que la pretensión se sustente, y que no hay omisión apreciable cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita, lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no solo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundadores de la respuesta tácita (STC 263/1993 y SSTS 19 de junio de 1998; 1430/2012, de 4 de enero o 369/2019, de 22 de julio).

3. La desatención de esas pretensiones jurídicas no se aprecia en la sentencia impugnada.

El recurrente ha sostenido en todas las instancias que la prueba practicada debía declararse nula por derivar de una prueba ilícitamente obtenida, concretamente porque los testimonios y la prueba pericial se recabaran a partir de la información que se obtuvo de la conversación ilegítimamente grabada y con la que se inició la investigación.

Con independencia del análisis que sobre esta cuestión realiza la sentencia impugnada, cuya corrección se ha evaluado en el fundamento anterior, la sentencia de instancia sí ofrece una explícita respuesta sobre la conexión de antijuridicidad que la defensa sostiene.

En el punto 2.5.2 del segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia expresa que " Descartados los anteriores submotivos no ha lugar a valorar las consecuencias probatorias que se hubiesen derivado de su estimación". Esto es, que habiendo rechazado la ilegitimidad de la prueba de grabación, ninguna conexión de antijuridicidad podía irradiarse al resto de medios de prueba.

El motivo se desestima.

Sexto.

1. 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 del artículo 24.2 de la CE.

Sostiene el recurso que la declaración de la presunta víctima Rosaura no puede constituirse como prueba de cargo suficiente para enervar su derecho a la presunción de inocencia, pues: 1) Considera que la testigo carece de credibilidad subjetiva y que se ha servido de sus declaraciones para ser apartada de su padre y liberarse de su control; 2) Carece de una credibilidad objetiva, por presentar un comportamiento seductor e histriónico, siendo una adolescente complicada de 15 años, con capacidad para alterar la realidad propia de esa edad y sin consciencia, por su carácter infantil, de las consecuencias que ello puede traer y 3) No poder



apreciarse una persistencia en su relato incriminatorio, en la medida en que la menor solo declaró con ocasión de preconstituirse su testimonio en fase de instrucción.

2. Hemos destacado de manera reiterada que en los procedimientos con doble instancia contemplados en el artículo 847.1.a de la LECRIM, el control casacional de las sentencias que les pongan término, no solo comporta realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación, sino también de la supervisión que realizaron de la valoración de la prueba hecha por el órgano de enjuiciamiento. Una verificación que entraña constatar 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 1125/2001, 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.

Es cierto, que la inserción del elemento de la razonabilidad dentro del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia genera un espacio común en el que se entremezcla con el derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que aunque el control por parte del Tribunal de apelación sobre la coherencia del juicio probatorio del Tribunal de instancia no pasa por exigir un juicio valorativo en el que se detallen todas las pruebas que se han presentado, sí debe confirmar que el órgano de enjuiciamiento haya fijado con claridad las razones contempladas para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos, muy especialmente cuando hayan sido controvertidos. De modo que las pruebas a considerar al verificar la racionalidad del proceso valorativo no son solo aquellas que lógicamente conduzcan a la conclusión obtenida por el Tribunal, sino todas aquellas que hayan sido traídas por las partes y que puedan destruir o debilitar la convicción hasta conducirla al campo de lo incierto, lo remoto o lo especulativo. Todo ello cribado por el tamiz de la racionalidad y solidez de la inferencia en la que se sustenta la prueba indiciaria, no solo desde su cohesión lógica, esto es, que es irrazonable la conclusión si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él, sino desde su calidad concluyente, pues el desenlace propuesto nunca puede ser válido si la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa.

En todo caso, la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, han proclamado que el control de la calidad concluyente de la inferencia debe de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales de instancia quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo, y obtenido con todas las garantías, del acervo probatorio; de modo que solo puede considerarse insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre o 123/2006 de 24 de abril, entre otras).

3. Desde esta consideración de la función casacional como evaluadora de que la supervisión que ha hecho el Tribunal de apelación respete las reglas anteriormente expuestas de valoración del juicio probatorio del Tribunal de instancia, debe rechazarse la pretensión que sustenta el motivo.

El recurso desarrolla una valoración propia de la prueba, que resulta favorable a sus pretensiones. No obstante, no se aprecia que sea ilógica la revisión que la sentencia apelada ha hecho sobre el modo en que el Tribunal de instancia obtuvo su convencimiento.

Con respecto al valor probatorio de la declaración de la víctima, de modo reiterado la doctrina de esta Sala y la del Tribunal Constitucional viene considerando tal prueba como válida para destruir la presunción de inocencia siempre que haya de considerarse como razonablemente suficiente al efecto. Esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ofrece unos criterios orientativos para los Tribunales de instancia en orden a la valoración que éstos tienen que hacer de esa prueba en relación con todas las circunstancias que rodearon el hecho y la prestación del testimonio en las diferentes fases del procedimiento.

Sin el carácter de enumeración exhaustiva estos criterios son: la inexistencia de motivos espurios, la persistencia y la coherencia de dicho testimonio y la concurrencia de datos corroboradores. No se trata de requisitos que hayan de concurrir necesariamente en el caso para que el Juzgado o Tribunal pueda considerar suficiente la declaración del testigo como prueba de cargo, sino de unos elementos que han de servir para profundizar en la reflexión que debe hacerse a fin de que el propio órgano que presidió el juicio oral valore la suficiencia de esa prueba, siendo necesario, eso sí, que en la propia sentencia condenatoria se exprese de modo razonado el uso que se haya hecho de este método, para que, si se recurre, las partes puedan argumentar, y el



Tribunal superior pueda en definitiva examinar, si es o no razonable una condena con esa sola prueba de la declaración de un testigo (STS 19 de febrero de 2004).

4. Desde estos parámetros para conducir una valoración racional de la prueba testifical y evitar un pronunciamiento intuitivo sobre su credibilidad, la sentencia impugnada contempla la valoración del testimonio destacada en la sentencia de instancia.

La sentencia de instancia destaca lo que la menor manifestó en su declaración, concretamente que el día 29 de agosto de 2016 (fecha de la grabación aportada por Beatriz se dice en la sentencia):

" estaba a solas con su padre en la casa, que ella estaba aburrída sacándose fotos y su padre se despertó se le acercó y le empezó a tocar los pechos. Ella de repente vio que le salía semen de sus partes y le dijo e le iba a manchar la cama, pero su padre le dijo que no era semen. Ha señalado que en estos momentos él estaba desnudo y ella en ropa interior porque se acaban de duchar cada uno en un baño y que sólo ha visto el semen en esta ocasión. En cuanto a la frecuencia con la que se producían los tocamientos en el pecho refiere que dependía de si ella estaba enfadada o no, dado que muchas veces estaba enfadada con su padre, pero que si no lo estaba ocurrían hasta cuatro días por semana. Ha declarado además que su padre no le trató bien hasta que la relación con Beatriz empezó a ir mal entre ellos, discutan mucho y por eso cree que empezó a portarse mejor con ella. Ha declarado también que si bien cuando era pequeña le gustaba que su padre le hiciera cosquillas a partir de los trece años dejó de gustarle. A preguntas del letrado de la defensa refirió que a partir de un momento su padre le empezó a decir que tuviera cuidado con lo que decía porque podía estar grabándose. La menor ha señalado que no sabía que Beatriz conocía lo que pasaba con su padre, pero que si notaba que tenía celos de ella".

Destaca también la sentencia (en el penúltimo párrafo del fundamento segundo de la sentencia de instancia) que la hija no pudo actuar impulsada por una motivación espuria pues los hechos se conocieron por la actuación de Beatriz y las sospechas que entonces tenía, entre las cuales la grabación no dejaba de ser un elemento esencial.

Por último, proclama que:

" los informes y declaraciones de todos los peritos-testigos que han declarado en el acto del juicio no evidencian que la menor tenga carácter imaginativo. Antes al contrario, las declaraciones han puesto de relieve que se trataba de una menor muy tímida, que le costaba mucho abrirse y en la que no se aprecia una capacidad de fabulación fuera de lo normal, teniendo en cuenta su edad y demás circunstancias personales y familiares. Así, las trabajadoras de DIRECCION001 (Estefanía y Justa) , han declarado que, en las pocas sesiones que tuvieron contacto con ella, observaron en la menor un gran malestar emocional y con tendencia a la somatización. Fátima y Filomena, terapeuta y educadora social respectivamente, encargadas del Taller de emociones, han declarado que trabajaron con ella durante un año y que era una menor retraída y tímida con el resto de sus compañeros, pero que posteriormente fue cogiendo más confianza. Ahora bien han señalado que en ningún caso observaron que efectuara llamadas de atención más allá de lo normal para una persona de su edad, en plena adolescencia. Han declarado que en ningún caso , tenía un comportamiento seductor, tal y como se pretendía hacer ver por la defensa y se intuía de la declaración de Beatriz . Han puesto de relieve además que su padre era muy controlador y que por ello la menor trataba de que no tuviera mucho conocimiento de las personas con las que estaba ni lo que hacía , dado en caso contrario, sabía que no le iba a dejar asistir. Los testigos se han referido a casos concretos como una salida a la piscina o al conocimiento sobre quienes eran sus compañeros de clase.

Las empleadas del Servicio de Atención a la Infancia del Ayuntamiento de Vitoria (Laura y Lucía) han señalado que se entrevistaron con Beatriz ,quien les contó que había sido víctima de violencia de género por su anterior pareja. A ellas las derivaron del centro escolar y observaron que Rosaura era una niña triste, frágil, vulnerable .Refieren que Beatriz les comentó que Rosaura era fabuladora pero en el colegio no lo notaron, también les dijo que la menor veía cosas en su padre que no existían , cuando éste se limitaba a hacerle cosquillas. Consideran que el comportamiento de Beatriz es ambivalente. A preguntas del Ministerio Fiscal señalaron que derivaron a la menor a Diputación al observar que había indicadores altamente específicos de abuso sexual.

Las empleada de la Diputación del Área del Menor y Familia (Trinidad , Vanesa y María Cristina) han señalado que no creen que Rosaura se inventase lo sucedido ,que se alegró de salir de casa de su padre, pero que no tenía un perfil disruptivo sino todo lo contrario. Cuando le preguntaron sobre los abusos sexuales señaló que era cierto pero dado que la cuestión se había judicializado no quisieron hablar más del asunto a fin de no victimizarle más.



Contamos con el informe de la UVFI que han ratificado en el acto del juicio Andrea y Antonieta .Ambas han ratificado las conclusiones de su informe dando plena verosimilitud al relato de la menor, Han explicado la metodología del informe para el que han tenido en cuenta las entrevistas con no solo con la menor sino con Conrado y con Beatriz , de tal forma que se ha efectuado una visión general y particular del núcleo familiar " .

A partir de partir de estas explicaciones, y ante una alegación semejante a la que se reitera ahora en casación, la sentencia impugnada concluye en su punto III.4 del tercer fundamento jurídico:

" El punto de partida a la hora de enjuiciar este motivo de recurso debe ser que el procedimiento que aquí nos ha traído no fue iniciado por la menor, sino por su madrastra; por tanto, no cabe acoger que todo lo ha maquinado para liberarse del control de su padre. Además la declaración de la menor es espontánea, firme y coherente, como dice el Ministerio Fiscal y puede verse en el visionado de la grabación de la prueba preconstituida, y es avalada por las pericias practicadas.

La sentencia apelada realiza una valoración ajustada a los parámetro del Tribunal Supremo (entre otras, auto de 28 de mayo de 2015, Roj: ATS 5495/2015 - ECLI: ES:TS:2015:5495 A) "a) ausencia de incredibilidad subjetiva, con exclusión esencialmente de todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza; b) verosimilitud, en cuanto que corroboraciones periféricas abonen por la realidad del hecho; y c) persistencia y firmeza del testimonio", no siendo razonable considerar que la existencia de una única declaración supone el decaimiento del tercero de los requisitos y, en consecuencia, la falta de prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia. No es razonable exigir para tener como probados unos hechos que la víctima declare más de una vez -¿dos, tres...?-, para ver si incurre en alguna contradicción relevante, de forma que sin estas múltiples declaraciones, en las que se podrían detectar eventuales inconsistencias, no cabe sustentar una condena. El hecho de que haya declarado una única vez es uno más a tener en cuenta para valorar la declaración, pero no supone la falta de prueba de los hechos".

5. Ciertamente la Sala no puede compartir la inexigencia de un último esfuerzo a la víctima para que compareciera en el plenario y pudiera declarar en inmediación y contradicción sobre aquellos aspectos que, terminada la investigación y concretada la acusación, las partes pudieran entender relevantes.

No se aprecia que la pérdida del valor procesal de su testimonio se justificara por conjurar o disminuir el riesgo de una victimización secundaria, pues no se hace referencia a ninguna indicación pericial que alarme sobre tal coyuntura, ni se observan elementos concomitantes no sugieran esa posibilidad, no ya por el grado de madurez de la víctima (a unos meses de alcanzar la mayoría de edad), sino por la circunstancia de que con anterioridad al plenario se le exigió sucesivamente su relato por dos trabajadoras del Centro de Fisioterapia y Psicoterapia de Vitoria (DIRECCION001); por una terapeuta y otra educadora social que prestan su actividad técnica en el que se denomina " Taller de Emociones"; por dos empleadas del Servicio de Atención a la infancia del Ayuntamiento de Vitoria; por otras tres funcionarias del Área del Menor y de Familia de la Diputación; y, finalmente parece, por dos peritos de la Unidad de Valoración Forense Integral (UVFI).

En todo caso, ni se denuncia que la defensa formulara una queja por la sola utilización de la prueba preconstituida, ni debe obviarse que la declaración de la testigo fue el resultado de la preconstitución de la prueba en sede de instrucción, ajustándose 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.

Con ello, debe concluirse que la función revisora del Tribunal de apelación se ha realizado de un modo adecuado. Respetando la convicción propia del órgano jurisdiccional que practicó la prueba en inmediación, se cercioró de que los elementos de convicción sobre la credibilidad del testimonio de la menor descansaron en parámetros estables y racionales, alejándose de un posicionamiento superficial o irreflexivo, además de haber contemplado que sus convicciones no se desvanecen por las objeciones de la defensa.

El motivo debe ser desestimado.

Séptimo.

1. El cuarto 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 un proceso sin dilaciones indebidas. El motivo debe analizarse conjunta con el motivo décimo, formulado al amparo del artículo 849.1 LECRIM, por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal.

El recurrente formula la misma objeción en ambos motivos: que la instrucción de la causa ocupó un tiempo injustificado y anormal, pues precisó de 18 meses, pese a estar documentada en 25 folios.



2. El artículo 21.6 del Código Penal recoge como circunstancia atenuante, "La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa". Conforme con tal literalidad, el legislador exige para su apreciación de la concurrencia de una serie de elementos constitutivos, concretamente: a) que tenga lugar una dilación indebida en el sentido de no justificada ; b) que sea extraordinaria, en el sentido de relevante; c) que ocurra durante la tramitación del procedimiento lo que suscita la duda de la valorabilidad o no de los retrasos en el dictado de la sentencia y, sobre todo, en fase de recurso; d) que esa demora o retraso no sea atribuible al imputado; y e) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio, lo que constituye en último término una especificación concreta de un requisito anterior: que sean indebidas

Nuestra jurisprudencia ha destacado que son dos los aspectos que han de tenerse en cuenta. De un lado, la existencia de un " plazo razonable", referido en el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el " derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable" y, por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su artículo 24.2. En todo caso, hemos indicado que siendo dos conceptos confluyentes en el propósito de que cualquier persona sometida a proceso pueda tener obtener un pronunciamiento definitivo de manera rápida, difieren sin embargo en sus parámetros interpretativos, pues las " dilaciones indebidas" son una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, en función de la existencia de lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales, mientras que el " plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales respecto de otras causas de semejante naturaleza, así como los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 81/10, de 15 de febrero o 416/13, de 26 de abril).

En todo caso, ambas eventualidades lesionan el derecho fundamental del acusado -cuando no hayan sido provocadas por él mismo- a que su causa sea conocida y resuelta en un tiempo prudencial (STS 1589/05, de 20 de diciembre), tanto considerando que las circunstancias personales, familiares y sociales del acusado cambian durante procesos temporales singularmente dilatados, por lo que la pena no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y rehabilitación como lo harían en el momento en que la acción evidenció la necesidad de resocialización (STS 1515/02, de 16 de septiembre), como por infringir la demora un padecimiento natural al acusado que debe computarse en la pena estatal que se imponga, para lograr mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la sanción impuesta y el mal causado por su acción (STS 932/08, de 10 de diciembre).

3. Estos parámetros de estimación no se aprecian en el caso enjuiciado.

La denuncia se interpuso por el Ministerio Fiscal en fecha 30 de enero de 2017, siendo entonces cuando se inculpó al recurrente. Esa es la fecha que se configura como el dies a quo para el cómputo de unas supuestas dilaciones injustificadas (STS 867/2015, de 10 de diciembre, entre muchas otras; así como SSTEDH de 15 de julio de 1982 o 28 de octubre de 2003). Consecuentemente, los 18 meses que el recurso esgrime fueron los empleados hasta que se emitió sentencia en la instancia, justificándose el tiempo de instrucción no en el número de diligencias practicadas, sino en el tiempo empleado en los reconocimientos e informes periciales.

La tramitación ha sido ejemplar, como lo es que el recurso de apelación estuviera resuelto antes de finalizados dos años desde la interposición de la denuncia.

El motivo se desestima.

Octavo.

1. El quinto motivo del recurso, formulado por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM, argumenta error de hecho en la apreciación de la prueba, materializado en diversos documentos obrantes en autos que muestran la equivocación del juzgador.

El recurso señala como documento la declaración de la víctima plasmada en soporte digital, recurriendo a su contenido para destacar pasajes del testimonio que entiende disconformes con el relato fáctico de la sentencia.

2. El artículo 849.2 de la LECRIM entiende infringida la ley, para la interposición del recurso de casación, " Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

La estricta observancia de la jurisprudencia estable de esta Sala (ver por todas STS 1205/2011) indica que la previsión del art. 849.2.º LECRIM exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia de esta Sala que el error fáctico



o material se muestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite, una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30 de septiembre).

3. La declaración de la víctima carece de la naturaleza documental que el recurso le atribuye. El testimonio es claramente una prueba de naturaleza personal, por más que su contenido quedara documentado en esta ocasión, no en soporte papel, sino en el soporte digital que refiere el recurrente. En todo caso, lo que el motivo persigue es cuestionar la lectura que pueda hacerse de las manifestaciones que realizó la testigo y que constan grabadas, lo que es el contenido propio del fundamento en el que revisamos la valoración probatoria.

El motivo se desestima.

Noveno.

1. Su sexto motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender infringido el artículo 183.1 del Código Penal.

El recurso sostiene la indebida aplicación del tipo penal desde la consideración de que no concurre una naturaleza sexual en los tocamientos. Defiende que derivan de una deficiente separación del rol paterno, pero que nunca se impulsaron por un ánimo lúbrico.

2. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación " Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que solo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es este un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos.

El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico que se declara probado, u obliga a pretender antes su modificación por la vía del error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECRIM) o de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 de la ley procesal), dado que no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

3. Lo expuesto muestra la necesaria desestimación del motivo, que no tiene más apoyo que negar lo que se ha declarado probado. La sentencia de instancia no admite la realidad fáctica sobre la que el recurrente pretende realizar el juicio de subsunción, pues concretamente proclama que el acusado: "solía iniciar juegos con la menor, haciéndole cosquillas, invitándole a dormir con él y con el fin de satisfacer sus deseos sexuales, le quitaba la camiseta , tocándole los pechos así como la vagina por encima de la ropa. En una ocasión la menor se encontraba en el baño donde entró su padre desnudo, mientras que ella estaba en ropa interior porque se acababan de duchar. Después fueron a su cuarto, ella seguía en braga y sujetador, él seguía desnudo, solo con el albornoz, jugando con ella, pudiendo observar que a él le salió semen, que manchó un poco su cama ...//... El acusado solía cometer los hechos aprovechando la ausencia de Beatriz, por motivos laborales".

El motivo se desestima.

Décimo.

Su séptimo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al considerar infringido el artículo 183.4 d del Código Penal.

Sostiene el recurso que la apreciación de la agravación por parentesco precisa del elemento intelectual de ser consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, prevaleciéndose de esta situación para conseguir el consentimiento así viciado. Afirma que " del análisis conjunto de



las pruebas obrantes sobre la relación entre padre e hija, se colige que era Rosaura la que tenía actitudes manipuladoras con su padre, y no a la inversa".

Como en el motivo anterior, el recurso descansa en una negación del relato fáctico e invita a realizar un nuevo análisis probatorio. El Tribunal declara probado que el acusado era el padre de la menor y como tal ejercía la patria potestad sobre ella. En tal condición, describe como impuso a su hija los actos que determinan su responsabilidad delictiva.

El motivo se desestima.

Undécimo.

Su octavo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al considerarse infringido el artículo 74.1 del Código Penal.

Afirma que el testimonio de la hija, siendo la prueba de cargo empleada para fijar el relato de hechos probados sobre el que descansa la condena, no resulta fiable para sostener la continuidad delictiva, remitiendo al Tribunal a revisar el soporte digital en el que consta la declaración.

Una vez más, el recurso se formaliza como un error de subsunción de los hechos en un determinado precepto penal de carácter sustantivo en los términos expresados en el artículo 849.1 de la LECRIM, si bien se argumenta desde la inalcanzable pretensión de que se altere el inmutable relato fáctico de la sentencia de instancia.

El delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74 del Código Penal, se integran en una unidad jurídica de acción. El delito continuado se constituye por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción.

El artículo 74 del Código Penal exceptúa la posibilidad de que pueda aplicarse el delito continuado a tipos penales que tutelen bienes jurídicos eminentemente personales, si bien reconoce que su aplicación sí será factible cuando se trate de "infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva", habiendo reflejado nuestra jurisprudencia la oportunidad de su aplicación en todos aquellos supuestos en los que, por el tiempo transcurrido o cualesquiera otras circunstancias, no puedan individualizarse los comportamientos delictivos desplegados contra una misma víctima sometida a abusos equivalentes y perpetrados por el mismo sujeto activo.

De este modo, se justifica la aplicación del delito continuado en el presente caso, al haberse declarado probado que el acusado sometió a su hija a tocamientos de contenido sexual en múltiples ocasiones.

El motivo se desestima.

Duodécimo.

1. El motivo de impugnación que resta se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por inaplicación como muy cualificada de la atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal.

Apreciada la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal, el recurrente solicita que se reconozca como muy cualificada y que se proyecte esa consideración en la individualización de la pena. Aduce que el Ministerio Fiscal, en su escrito de calificación provisional, había solicitado 3.000 euros de indemnización para la víctima, si bien el acusado consignó 5.000 euros y estos fueron los fijados como cuantía indemnizatoria en la sentencia de instancia.

2. La atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal está fundada razones objetivas de política criminal, para premiar las conductas que hubieran servido para reparar el daño causado a la víctima, o al menos disminuirlo dando satisfacción a ésta, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino de toda la comunidad (SSTS 536/06, de 3 de mayo, 809/07, de 11 de octubre o 50/08, de 29 de enero). Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS. 285/2003, de 28 de febrero, entre otras muchas posteriores) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, logrando que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de



una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.

Hemos indicado que la atenuante requiere de un elemento cronológico fijado por el legislador al exigir que la reparación se realice en cualquier momento del procedimiento pero, en todo caso, antes de que se inicie la celebración del juicio oral.

Si el reconocimiento de la rebaja punitiva obedece a la voluntad de incentivar la reparación o disminución del daño sufrido por el damnificado, y si viene impulsado por la victimología que orienta el derecho penal actual, el comportamiento que se privilegia es aquel que no se hace depender del resultado de la respuesta del Estado al delito, sino de la irrevocable e incondicional liberalidad del acusado.

Nuestra jurisprudencia recoge que el fundamento material a la existencia de la atenuación es la realización de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril). De este modo, la atenuante precisa de una actuación objetiva y personal del acusado, normalmente integrada por el resarcimiento o por la minoración de los perjuicios materiales derivados de la acción que se enjuicia, que coloque al perjudicado en mejor situación que aquella a la que estaba sumido tras el delito, con independencia del cual sea el resultado imperativo del proceso penal.

Eliminado el contenido subjetivo inherente a la antigua atenuante de arrepentimiento, corresponde al acusado apreciar cuando considera que su comportamiento, más allá del significado penalmente antijurídico que pueda tener, ha podido generar determinados perjuicios en otros individuos, estando por ello dispuesto a abordar un proceder libre e irrevocable de compensación a los damnificados. Una actuación compensatoria que es plenamente compatible con posicionamientos procesales en los que, asumiendo el acusado la responsabilidad material de un resultado, rechaza o discrepa de la responsabilidad criminal que pueda exigírsele. La reparación del resultado dañoso derivado de una acción u omisión, puede abordarse sin contradicción en todos aquellos supuestos en los que la defensa asume una responsabilidad causal más o menos cercana al resultado, por más que discrepe de la dimensión punitiva de los hechos objeto de acusación, bien porque no está conforme con el juicio de subsunción sustentado en las tesis acusatorias, bien porque entiende que el nexo causal dañoso coexiste con circunstancias fácticas que justifican la desaparición o la minoración del reproche penal exigido, consecuencia última de su discrepancia respecto al grado de ejecución del delito, el modo de su participación o de la existencia o inexistencia de circunstancias excluyentes o atenuantes de la responsabilidad criminal.

En todo caso, cuando la actuación económica consiste en consignar una cantidad dineraria antes del juicio y no se deja constancia expresa de que el dinero se aplique a reparar incondicional e irrevocablemente los perjuicios causados con independencia del resultado del proceso, no existe título para aplicar el dinero a otro destino que cubrir la fianza que se haya podido establecer de manera imperativa en una resolución judicial previa, garantizando con ello que pueda hacerse pago al perjudicado en la eventualidad procesal de que, terminado el juicio, se declare una responsabilidad civil de la que el consignante discrepa y que no admite hasta ese momento.

En estos supuestos, no nos encontramos con la actuación configuradora de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, sino con una consignación en garantía de las eventuales responsabilidades civiles que puedan llegar a dictarse. En tal coyuntura, la actuación procesal se limita a dar cumplimiento a la previsión de los artículos 589 y 591 de la LECRIM, que establecen que cualquier fianza monetaria podrá constituirse en dinero en efectivo, eludiéndose el embargo subsidiario contemplado en el artículo 597 de la LECRIM, así como la propia previsión subsidiaria del artículo 738.2 en relación con el artículo 585 de la LEC, que permite eludir y suspender el embargo consignando la cantidad por la que éste se hubiera despachado (STS 757/2018, de 2 de abril de 2019).

3. De otro lado, nuestra jurisprudencia ha indicado que si la reparación total (cuando realmente se produzca) se considerara sistemáticamente como atenuante muy cualificada, se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena normalmente prevista por el legislador (STS 1156/2010, de 28 de diciembre), exigiéndose por ello que concurra un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (SSTS 50/2008, de 29 de enero y 868/2009, de 20 de julio).

4. Por último, debe significarse que los daños ocasionados respecto de bienes jurídicos personales son irreparables y carecen de vuelta atrás (STS 612/05, de 12 de mayo), quedando necesariamente insatisfechos cuando el comportamiento delictivo que se persigue es de suma gravedad y comporta para la víctima una lesividad difícil de integrar en su experiencia vital.

5. Lo expuesto muestra la impropiedad de considerar, como muy cualificada, la atenuante apreciada en la instancia.



De un lado, por cuanto el recurrente se limitó a consignar la cantidad que, en reparación de la responsabilidad civil, le había sido reclamada por la acusación particular en su escrito de calificación provisional, condicionando la entrega a la víctima -como así ha sido- a que existiera un pronunciamiento de condena y siempre sin rebasar el límite económico de indemnización que era objeto de discusión.

De otro, porque no se acredita un especial esfuerzo en la aportación dineraria, ni puede esta cantidad reparar de manera remarcada las consecuencias perjudiciales al bien jurídico finalmente lesionado.

El motivo se desestima

Decimotercero.

La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Rodrigo, contra la sentencia dictada el 7 de diciembre de 2018 por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, en el Rollo de apelación penal 66/2018, que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Sr. Rodrigo contra la sentencia de fecha 12 de julio de 2018, dictada por la Audiencia provincial de Álava, Sección Segunda, en el Rollo penal abreviado 13/2018, con imposición al recurrente del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia 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 Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Díaz 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.