

**RESUMEN:** El ejercicio de la acusación particular por la madre del menor se limita a la intervención en el proceso sin necesidad del consentimiento de aquel; el ejercicio de acciones se limita a la realización de los actos procesales de parte encaminados al ejercicio de la acción ejercitada y no comprende el derecho a la dispensa, que es un derecho constitucional autónomo, por más que se ejerza dentro del proceso. Si el menor tiene suficiente madurez hay que ofrecerle el art. 416 LECr

## TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

### Sentencia núm. 342/2021

Fecha de sentencia: 23/04/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10442/2020 P

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 21/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: LMGP

Nota:

Resumen

**Derecho a la dispensa del artículo 416.1 LECrim. Puede ejercitarlo el menor de edad si sus condiciones de madurez lo permiten. El ejercicio de la acusación particular por sus padres no priva al menor del derecho a la dispensa. Validez de la declaración de la víctima como única prueba de cargo:** Presupuestos. En los abusos sexuales el acceso carnal no precisa de una penetración total, basta la penetración parcial. No procede la atenuante de confesión cuando la confesión es parcial y constituye una versión de descargo que minimiza la

gravedad de los abusos. La indemnización por daños morales se realiza de acuerdo con criterios de libre arbitrio judicial y sólo es revisable en casación si es notoriamente desproporcionada o contraria a los parámetros de cálculo habituales.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10442/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal**

### **Sentencia núm. 342/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Palomo Del Arco

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 23 de abril de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 10442/2020 interpuesto por Miguel GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, representado por la procuradora Doña Neddy BERECHÉ LADINES bajo la dirección letrada de Doña Ana-Rosa CORTIJO CORTIJO, contra la sentencia dictada el 16/06/ 2020 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su Rollo de Apelaciones Resoluciones del artículo 846 ter, por la que se desestima la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 29/11/ 2019, en el Rollo de Sala Sumario Ordinario 13/2019 , en el que se condenó al

recurrente como autor penalmente responsable de un delito de abusos sexuales a menor de 13 años, del artículo 183.1 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL y Villaverde del Rosario ROMERO CAMPANO, representada por la Procuradora Doña Isabel María DE LA MISERICORDIA GARCÍA, que interviene en nombre de su menor hija doña ALICIA GUTIÉRREZ, bajo la dirección letrada de D. Juan Antonio ROMERO CAMPANO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado de Instrucción número 10 de los Málaga incoó Diligencias Previas 739/2018 por delito de Abusos Sexual de menores de 16 años, contra Miguel GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda. Incoado el Sumario 13/2019, con fecha 29 de noviembre de 2019 dictó sentencia número 421 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

«Consideramos probado y así expresamente se declaramos que el procesado, Miguel Gutiérrez Rodríguez, mayor de edad por cuanto nacido el día 16/04/1.954 y al que no le constan antecedentes penales, privado de libertad por esta causa desde el día 17/03/18 cuando resultó detenido por la efectivos del Emume de la Guardia Civil, es padre de la menor Alicia Gutiérrez Romero, nacida el día 21 de julio de 2.003, con la que convivía con el resto de la familia, su esposa y otro hijo, domicilio sito en la calle Alminar n ° 70 de la localidad de Alhaurín de la Torre (Málaga).

Durante aproximadamente dos años , en un período que se situaría entre el mes de junio de 2009 hasta finales del año 2011, y en el domicilio referido, unas veces en el salón y otras en el cuarto de baño o incluso en la cocina, el acusado, aprovechando generalmente las ocasiones en las que su esposa y ese otro hijo habían salido o encontrándose estos en sus dormitorios en la parte de arriba del inmueble y, por tanto, estando a solas con su hija Alicia en las habitaciones mencionadas , con evidente ánimo lujurioso, la sometió en numerosas ocasiones a diversos tocamientos en sus genitales y sus zonas erógenas, le obligó a que le

masturbara y en otras le introdujo sus dedos y el pene en la vagina, aunque no completamente pues la menor conservaba el himen íntegro.

Esta situación se mantuvo hasta el final del citado período cuando la menor tuvo conciencia de lo que estaba sucediendo y valor para decirle al padre que la dejase y no la tocase más, pese a lo cual el acusado continuaba tocándole el culo y los pechos pese a que a ella se lo reprochaba porque no le gustaba y la hacía sentir incómoda.

En ese intervalo temporal antes indicado el acusado le llegó a referir a su hija que no contara nada bajo la afirmación de que él podría ir a la cárcel y se quedaría sin padre. Por todo ello Alicia se sumergió en un estado de angustia y temor, máxime cuando la conducta del acusado para con ella empezó nuevamente con ocasión de su mayor acercamiento entre ellos dado que la madre de la menor, Villaverde del Rosario Romero Campano, se encontraba aquejada de una grave enfermedad y volcada en su recuperación.

Ante lo cual la menor relató finalmente los hechos a algunas de sus amigas e incluso, en concreto el día 09/03/18 -viernes-, lo hizo a una profesora de su colegio, procediendo el centro escolar el lunes siguiente a comunicarlo a la familia materna.

La mencionada madre de la menor, Villaverde del Rosario, presentó finalmente denuncia por estos hechos el día 13 de marzo de 2.018 en dependencias de la Guardia Civil de la aludida localidad.

El acusado ha sido privado totalmente por sentencia de 16 de marzo de 2.018 dictada por el Juzgado de Familia n ° 6 de Málaga recaída en los autos de Divorcio Contencioso n ° 834/18 de la patria potestad para con su hija menor Alicia, habiéndose suspendido todo régimen de relación de la misma con aquél.».

## 2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

«Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a MIGUEL GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ como autor criminalmente responsable de un delito continuado de ABUSOS SEXUALES a menor de 13 años, con acceso carnal e introducción de miembro corporal y prevalimiento, infracción penal ya definida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **ONCE AÑOS DE PRISIÓN** con las siguientes penas accesorias:

- **INHABILITACIÓN ABSOLUTA** durante el tiempo de la condena.

- PRIVACIÓN TOTAL DEL EJERCICIO DE PATRIA POTESTAD con la pérdida de su titularidad.

- La PROHIBICIÓN de que se APROXIME a su hija ALICIA GUTIÉRREZ ROMERO, a su domicilio, lugar donde curse sus estudios y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a menos de QUINIENTOS METROS (500 METROS), así como PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE con ella, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, por un tiempo de DIEZ AÑOS (10 años) , de cumplimiento simultáneo a la pena de prisión.

Asimismo, hemos de imponer la medida postpenitenciaria de libertad vigilada consistente en la prohibición de aproximarse a la víctima, Alicia, así como de comunicarse con ella por un tiempo de DIEZ AÑOS (10 años) que ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.».

**3.** Notificada la sentencia, la representación procesal de Miguel GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, formándose el rollo de apelación de resoluciones del art. 846 ter LECrim 26/2020. En fecha 16 de junio 2020 el citado tribunal dictó sentencia 157/2020, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Miguel Gutiérrez Rodríguez, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 29 de Noviembre de 2019, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo al recurrente las costas de esta segunda instancia, incluidas las de la acusación particular.».

**4.** Contra la anterior sentencia Notificada la sentencia y el auto de aclaración a las partes, la representación procesal de Miguel GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, 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.

5. El recurso formalizado por Miguel GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por vulneración del precepto constitucional, por la vía del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías debidas del artículo 24.1 y 24.2 de la constitución española, al haberse vulnerado el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. Por vulneración del precepto constitucional, por la vía del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución.

3. Por vulneración del precepto constitucional, por la vía del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 9.3 de la Constitución.

4. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 183.1 y 3 y 183.4. d) en la redacción dada tras la modificación de la ley orgánica 5/2010, al no ser la ley temporalmente aplicable a los hechos objeto de enjuiciamiento.,

5. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida 21.4 del código penal, en relación con el artículo 21.7 del mismo texto legal (atenuante analógica en relación con la atenuante de confesión).

6. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 193 y 113 del código penal.

**6.** - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 19 de enero de 2021, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. La representación procesal Villaverde del Rosario ROMERO CAMPANO que interviene en nombre de su menor hija doña ALICIA GUTIÉRREZ, impugna el recurso y solicita la confirmación de la sentencia de instancia. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 21/11/2021 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**1.** En la sentencia de 29/11/2019, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, se condenó a Miguel Gutiérrez Rodríguez por la comisión de un delito continuado de abusos sexuales sobre menor de edad, con acceso carnal e introducción de miembro corporal y con prevalimiento, a la pena de once años de prisión, inhabilitación absoluta, privación absoluta de la patria potestad, prohibición de acercamiento y de comunicación con la víctima, condenándole también y al pago de responsabilidades civiles y costas procesales.

La sentencia fue recurrida en apelación y confirmada íntegramente por sentencia dictada el 16 de junio de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla y, frente a esta última, la representación procesal del condenado ha interpuesto el recurso de casación que nos corresponde examinar, en el que se han formalizado seis motivos de impugnación, que van a ser contestados por el mismo orden que el seguido en el recurso.

**2.** *Derecho a la dispensa de declaración del artículo 416.1 LECrim*

2.1 En el primer motivo, a través del artículo 852 de la LECrim, se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución, por inaplicación del artículo 416.1 de la LECrim, dado que a la hija del recurrente no se le hizo la advertencia de su derecho a no declarar cuando compareció a tal fin y en calidad de testigo ante el Juez de Instrucción, de ahí que su declaración sumarial, incorporada al juicio mediante lectura, adolezca de nulidad y no pueda ser tomada en consideración como prueba de cargo.

2.2 Para contextualizar nuestra respuesta es necesario recordar que el derecho de determinados familiares del investigado o acusado a ser dispensado de la obligación de colaborar con la Administración de Justicia cuando son llamados como testigos es un derecho individual de rango constitucional, en tanto que reconocido en el artículo 24.2 CE, en el que se dispone literalmente lo siguiente: "La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

No se trata de un derecho del encausado a que determinadas personas no declaren en el proceso (STC 94/2010, de 15 de noviembre), sino del derecho del testigo a no declarar, cuyo fundamento se encuentra tanto en razones de eficacia procesal como, sobre todo, en razones de conciencia, habida cuenta del conflicto personal que se puede producir entre el interés del Estado en que el testigo declare y el interés o deseo del testigo de preservar y no comprometer los vínculos de solidaridad y afecto que puedan existir entre él y el encausado.

En la reciente STS del Pleno de esta Sala número 389/2020, de 10 de julio, hemos dicho que el derecho a la dispensa "tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmáticas. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que



una exención al deber de declarar, **el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo** -pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible” y también hemos señalado que “que la razón de acogerse a la dispensa queda plenamente justificada también por los vínculos de solidaridad entre el testigo y el acusado, lo que resulta acorde con la protección de las relaciones familiares que proclama el art. 39 de la Constitución, así como en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar. En definitiva, el secreto familiar tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes del vínculo familiar dentro de los límites recogidos en dicho art. 416”.

En relación con el testigo que, a la vez, es víctima del hecho hemos realizado algunas precisiones interpretativas que delimitan el ámbito de aplicación de este derecho en atención al comportamiento procesal del testigo. Así, venimos afirmando que **el ejercicio del derecho a la dispensa es incompatible con la condición de denunciante (STS 625/2007, de 12 de julio) o con la intervención en el proceso como acusador particular, de ahí que en tales casos la declaración que se preste será válida, aunque al testigo no se le haya informado del derecho a la dispensa. También hemos señalado en la reciente sentencia del Pleno antes aludida (STS 389/2020, de 10 de julio) que quien ha sido acusación particular y abandona esa posición procesal se entiende que ha renunciado al derecho a la dispensa.**

2.3 Partiendo de estas precisiones debemos abordar la respuesta al reproche que formula el recurrente. En la sentencia impugnada (FJ 2º) se desestimó esta misma queja utilizando dos argumentos que no compartimos. Se dice que no era obligado informar a la menor del derecho a la dispensa porque carecía de madurez para comprender el alcance de ese derecho, ya que cuando prestó declaración contaba con 15 años. Y también se dice que no era preceptiva esa información porque la menor ejercía la acusación particular a través de su madre, como representante legal.

2.3.1 En relación con el primero de los argumentos conviene precisar la naturaleza y algunos de los caracteres del derecho reconocido en el artículo 24.2, párrafo último de la Constitución.

El derecho a la dispensa es un derecho público subjetivo cuya titularidad corresponde exclusivamente al menor, conforme al artículo 24 CE y al artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

La Constitución no establece excepciones o límites a esa titularidad, lo que no es obstáculo para que se deba de distinguir entre titularidad y ejercicio del derecho fundamental. Para el ejercicio de los derechos fundamentales se precisa de la correspondiente capacidad de obrar y, a fin de determinar si el menor tiene o no esa capacidad, han de tenerse en consideración los criterios valorativos descritos en el artículo 2º de la Ley antes citada, entre los que se encuentran de modo muy destacado la edad y madurez del menor. Ese parámetro también está presente en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30/11/1990, en cuyo artículo 12.1 se puede leer: “Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

En esa misma dirección el Tribunal Constitucional en su sentencia 141/2000, de 29 de mayo, afirmó que “(...)los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, (en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral,) sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 C.C). Conviene recordar, por último, que, aunque

el artículo 162 del Código Civil atribuye a los padres la representación legal de sus hijos menores de edad, excluye de esa representación a “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes o sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo (...)”.

Por tanto, la edad y la madurez del menor son los elementos fundamentales que han de tenerse en cuenta para determinar si un menor puede o no ejercer cada uno de los derechos fundamentales y esos parámetros han de ponerse en relación con las necesidades de tutela y protección del menor así como con el contenido y la complejidad del derecho que se pretende ejercitar. Para evaluar si el menor está capacitado para ejercer un derecho fundamental es necesario determinar si comprende y si es capaz de evaluar las consecuencias que pueden derivarse del acto que se pretende realizar. Se trata de un juicio de ponderación ciertamente complejo. En la STS 225/2020, de 25 de mayo nos hicimos eco de la multiplicidad de factores a tener en cuenta en los siguientes términos:

“Esa ponderación judicial del nivel de desarrollo emocional e intelectual del menor, así como de su capacidad por contrapesar los intereses en juego, cuando se trata de edades en las que estas cualidades del testigo pueden resultar controvertidas, impone al tribunal, no introspeccionar su conformidad o adhesión con la opción del menor, sino valorar la calidad de su opción, esto es, que la facultad se ejerce en las condiciones de libertad, de información, y de conocimiento con las que esencialmente se regiría el posicionamiento de una persona con plena capacidad de obrar. El Tribunal debe explorar que el menor alcanza a comprender, de una manera suficientemente sentada y reflexiva, cuál es la repercusión de su decisión respecto de todos los intereses que van a resultar concernidos y a los que hemos hecho anterior referencia. El órgano judicial debe tasar que el testigo guía su conclusión por los ordinarios parámetros de pensamiento libre, fundado e independiente con los que puede regir su esquema decisonal en el caso concreto una persona formada. Si la edad es un elemento fundamental para evaluar el grado de madurez de un menor a estos efectos, existen otros parámetros que facilitan ponderar si está en condiciones de ejercer el derecho por sí mismo cuando la edad se ubica en unos márgenes que no sean lo suficientemente elocuentes. Que el testigo sea la

víctima de los hechos que se enjuician o que, por el contrario, sea un mero observador de lo que aconteció, es un elemento que condiciona el reconocimiento de su facultad de optar; como lo es también la naturaleza pública o privada de la acción penal establecida para la persecución de los hechos; la gravedad del delito investigado; su repercusión punitiva; la gravedad del daño irrogado a la víctima; la naturaleza del vínculo del testigo con el procesado; la repercusión que su declaración pueda tener en sus relaciones familiares futuras; o la repercusión psíquica con la que los hechos pueden sacudir el futuro del menor. Tampoco es irrelevante que el testigo pueda conocer la repercusión procesal de su posicionamiento en función de la existencia o ausencia de otros elementos probatorios; o que se ejerza la facultad de no declarar en la fase procesal de investigación y con ocasión de delitos cuyo plazo de prescripción empezará a computarse cuando el testigo-víctima alcance la mayoría de edad (art. 132.1 prf. 2), o por el contrario su decisión vaya a materializarse en el acto del plenario, lo que trascenderá inevitablemente a una decisión definitiva sobre los hechos sometidos a proceso”.

Es cierto que esta Sala ha considerado en supuestos de menores de corta edad que su falta de madurez hace innecesaria la información sobre el derecho a la dispensa y así, en la STS 1061/2009, de 26 de octubre, citada en la resolución impugnada, se consideró improcedente tal información, pero se trataba de un niño de 6 años. Sin embargo cuando el menor tiene más edad o está próximo a la mayoría de edad, el examen de su madurez exige un análisis complejo, tal y como se puede colegir de la sentencia antes mencionada.

En este caso la testigo 15 años y resulta muy dudoso que careciera de madurez para conocer las implicaciones del derecho a la dispensa. Tan es así que la menor fue informada de ese derecho en una de las dos declaraciones sumariales que prestó. En todo caso, la limitación de derechos constitucionales debe ser objeto de una interpretación restrictiva (STS 205/2018, de 25 de abril) y motivada y en este proceso no hubo resolución alguna, verbal o escrita, dirigida a justificar la limitación del derecho constitucional. La decisión de no informar del derecho a la dispensa en la declaración prestada el día 21/09/18 no parece que fuera una decisión intencionada y basada en la falta de madurez, parece más bien que fue un

olvido, ya que en la declaración sumarial anterior se informó a la menor del contenido del artículo 416.1 de la LECrim y manifestó querer declarar

2.3.2 En cuanto a la segunda cuestión, la argumentación de la resolución impugnada parece sugerir que como la madre ejerció la acusación particular en representación de la menor no era necesaria la información del artículo 416.1 LECrim, porque quien ejerce la acusación particular ha resuelto el conflicto que justifica la dispensa y ha renunciado implícitamente a ese derecho. Según esta tesis sería posible la renuncia del derecho a la dispensa por el representante legal del menor.

Esta Sala ha admitido que el derecho a la dispensa pueda ser ejercido a través de su representante legal (padres o defensor judicial) pero sólo en caso de que el menor carezca de madurez (STS 225/2020, de 25 de mayo). No debe confundirse el derecho a ser parte procesal con el derecho a la dispensa. El progenitor que ejercita la acusación particular interviene procesalmente como representante legal del menor en su interés, pero sin que se precise su consentimiento, de ahí que pueda llevar a cabo esa intervención aún en contra de la voluntad del representado. Por otro lado, el ejercicio de acciones se limita a la realización de los actos procesales de parte encaminados al ejercicio de la acción ejercitada y no comprende el derecho a la dispensa, que es un derecho constitucional autónomo, por más que se ejerza dentro del proceso.

A partir de estas precisiones bien comprenderse que el ejercicio de la acusación particular por los padres no conlleva una renuncia expresa o tácita del menor a su derecho constitucional de ahí que el menor pueda ejercer la dispensa siempre que sus condiciones de madurez lo permitan.

2.3.3 Aun cuando no compartamos la argumentación de la sentencia impugnada en este particular, coincidimos con ella en que la pretensión de nulidad no puede tener favorable acogida.

En relación con la declaración prestada ante el juez de instrucción el 17/03/18 resulta sorprendente que se diga que la menor no fue informada del derecho a la dispensa. Hemos revisado la grabación del juicio y no es cierto. La menor fue informada del contenido del artículo 416.1 LECrim y manifestó que quería declarar voluntariamente.

En lo referente a la declaración sumarial prestada el 27/09/18 conforme al artículo 433 de la LECrim, es cierto que no se informó a la menor de su derecho a la dispensa, pero se dan dos circunstancias que permiten concretar el contexto en el que se produjo esa deficiencia. La menor ya había sido informada con anterioridad y, además, la defensa no formuló protesta en el acto para subsanar la deficiencia. A partir de estos datos la pretensión de nulidad de esa declaración sumarial es desproporcionada y sólo puede sostenerse desde un entendimiento formalista del derecho constitucional concernido.

Pero hay otra razón que justifica el rechazo de la pretensión de nulidad. Según se deduce de la grabación del juicio y como consta en el escrito de conclusiones provisionales, la defensa solicitó la introducción en juicio de esa declaración mediante lectura, al amparo del artículo 730 de la LECrim. Y si bien es cierto que el artículo 11 de la LOPJ dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos fundamentales” también lo es que ese mismo precepto proclama que “en todo procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe”. En aplicación de esta regla general resulta inasumible que quien propone la incorporación al juicio como documental de una prueba cuya nulidad no denuncia no puede, una vez dictada sentencia, afirmar la nulidad de esa prueba porque no le conviene la valoración que se ha hecho de la misma.

Como regla general la nulidad de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales precisa que se inste la nulidad nada más conocerse su existencia a través de los recursos ordinarios o que se invoque en el juicio (STS 446/2010, de 30 de abril y artículos 238 y siguientes de la LOPJ) y presupone también que esas pruebas no han sido introducidas

en el proceso por quien va a instar su nulidad. Es un contrasentido que se solicite la práctica de una prueba y que, una vez practicada, se postule su nulidad por vía de recurso.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

### 3. *Supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia*

3.1 En el segundo motivo del recurso y por el mismo cauce casacional que el motivo anterior se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia, también proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución. Entiende el recurrente que ha sido condenado sin una verdadera prueba de cargo ya que, a juicio de la defensa, la condena tiene como único soporte la convicción subjetiva e interna de los miembros del tribunal. Se alega que el tribunal ha ofrecido una explicación muy poco sólida sobre la suficiencia de la prueba de cargo y que, especialmente en relación con la supuesta introducción de los dedos o el pene en la vagina de la menor, la sentencia impugnada ha venido a decir que la declaración de la víctima merece credibilidad porque no se denuncia a un padre por capricho, afirmación que no es sino una suposición y que choca frontalmente con las garantías del proceso penal.

3.2 Antes de dar respuesta a este motivo resulta obligado precisar el ámbito de control que como tribunal de casación nos corresponde cuando, como en este caso, se demanda un pronunciamiento acerca de si se ha respetado o no el derecho a la presunción de inocencia del acusado.

La instauración de la segunda instancia previa al recurso de casación, plantea una reformulación del contenido revisor que esta Sala debe realizar cuando se invoca el derecho fundamental a la presunción de inocencia. El recurso se estructura sobre una causa enjuiciada por un tribunal, que con intermediación ha percibido la prueba practicada. En la segunda instancia ese inicial enjuiciamiento ha sido revisado en relación con el contenido del derecho fundamental alegado y con el resto de motivos de impugnación en los términos que las partes han querido invocar de forma que el contenido esencial del

derecho queda satisfecho a partir de la valoración de la prueba por el tribunal de primera instancia y del tribunal de apelación. En casación, ni es posible la práctica de prueba, ni concurre la inmediación en la percepción de la prueba y, por lo tanto, nuestro ámbito de revisión sólo puede realizarse sobre lo que hemos denominado estructura racional de la prueba, que permite a la Sala constatar la existencia de la prueba y la correcta valoración de la prueba en los términos de racionalidad que establece el artículo 741 de la LECrim.

Este límite tiene sentido porque la sentencia de apelación ya da cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior (SSTS 251/2019, de 4 de julio y 349/2019, de 4 de julio, entre las más recientes), por lo que en el recurso de casación sólo procede revisar si el órgano de apelación ha dado una respuesta razonable y acorde con las exigencias legales y jurisprudenciales, tanto en lo que se refiere a la valoración, como a la suficiencia de la prueba.

En numerosas sentencias de esta Sala, concretando nuestro ámbito de conocimiento, hemos señalado que el control casacional en estos supuestos se concreta en cuatro puntos:

a) En primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;

b) En segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;

c) En tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención



y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;

d) En cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos

3.3 Se reprocha en el recurso que la única prueba de cargo sea la declaración de la víctima y frente a esa queja conviene recordar que el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia número 258/2007, de 18 de diciembre, seguida por muchas otras, ha establecido de forma reiterada que “[...] la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral, con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador (por todas, STC 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 4) [...]”. La exclusión del testigo único como prueba de cargo (*testimonium unius non valet*) es una regla propia de un sistema de prueba tasada. En cambio, un sistema basado en la valoración racional admite que la condena tenga su fundamento en un solo testigo.

Por tanto, nada se puede objetar a que la sentencia condenatoria tenga como único fundamento la declaración de la víctima, si bien el análisis valorativo de esa prueba, cuando es la única o fundamental, debe ser especialmente cuidadoso. La exigencia de una fundamentación objetivamente racional impide que la condena tenga como fundamento la creencia subjetiva de que el testigo no miente. No es un problema de fe sino de que el testimonio sea objetiva y racionalmente creíble.

Precisamente para hacer posible esa indagación esta Sala ha identificado una serie de criterios o parámetros que hacen posible o facilitan ese análisis, en el bien entendido que no se trata de presupuestos que necesariamente deban estar presentes, ya que ello conduciría a una valoración tasada de la prueba, lo que no se compadece con el principio de

libre valoración de la prueba establecido como regla general en el artículo 741 de la LECrim.

Los criterios consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación. Son criterios orientativos que permiten exteriorizar el razonamiento judicial y que hacen posible que la credibilidad que se otorgue al testimonio de la víctima no descansa en un puro subjetivismo, ajeno a todo control externo, sino en criterios lógicos y racionales.

La comprobación de la credibilidad subjetiva exige el análisis de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan y también obliga al análisis de posibles motivaciones espurias, lo que conlleva el examen del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima, cuyo testimonio es el principal basamento de la acusación, para constatar si la declaración inculpatoria se ha podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad.

El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa). La coherencia interna se caracteriza fundamentalmente por la ausencia de contradicciones y de elementos fácticos escasamente verosímiles.

El tercer parámetro de valoración consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone:

a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable “no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones” (STS de 18 de Junio de 1.998, entre otras).

b) Concreción en la declaración. La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que la víctima especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Y ausencia de contradicciones entre las sucesivas versiones que se ofrecen a lo largo del procedimiento, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

3.4 En el presente caso, tal y como se detalla con extensión en los fundamentos jurídicos tercero a sexto de la sentencia de apelación, el pronunciamiento de condena ha tenido como soporte la declaración de la víctima, complementada con otros elementos de prueba que han servido para valorar esa declaración desde pautas objetivas.

En efecto, en primer lugar no se han acreditado móviles espurios en el testimonio de la menor y tampoco se han acreditado trastornos psicológicos o de otro orden que permitan cuestionar por este motivo la credibilidad de ese testimonio. A este respecto resulta destacable que la investigación oficial de los hechos no tuviera como causa la denuncia de la menor sino que ésta contó lo sucedido a parientes y amigos y, una vez que la madre tuvo conocimiento de lo sucedido, se comunicó a las autoridades. También es relevante en este aspecto el informe sobre credibilidad del testimonio practicado sobre la menor en el que se informa de la ausencia de alteraciones que pudieran interferir en su testimonio.

La declaración de la víctima se refuerza o corrobora por otras pruebas destacadas y descritas con detalle tanto en la sentencia de instancia como en la sentencia de apelación. De un lado, la propia declaración del acusado, que reconoció la existencia de los abusos, si bien reduciendo significativamente su gravedad, ya que afirmó que los abusos se produjeron durante dos o tres días y consistieron en tocamientos en piernas y pecho. Además, el padre remitió a la madre un WhatsApp y posteriormente una carta manuscrita, reconociendo su culpabilidad sin concretar los hechos que había realizado. La existencia de ese reconocimiento, por más que en el juicio se pretendiera reducir su ámbito y gravedad, es una evidencia palmaria de que el testimonio de la menor no ha sido una fábula sino el recuerdo y vivencia de los hechos que padeció. De otro lado, resulta significativa la declaración de un hermanastro de la menor que manifestó haber sufrido abusos de su padre desde los 8 a los 17 años. Por último, han declarado los distintos familiares y personas a quienes la menor contó lo sucedido antes del inicio de las actuaciones policiales, la madre de la menor y una profesora de religión.

En cuanto a la coherencia y persistencia de la declaración se observa que la menor ha prestado un testimonio extenso y detallado y que en lo sustancial no ha variado. La menor en sus dos declaraciones ha descrito los hechos de forma similar y, en cuanto a la existencia o no de penetración, también ha relatado los hechos de forma parecida. Así en la declaración ante el juez y preguntada si hubo penetración, Alicia respondió: “meter la metía, pero que ella recuerde no hubo desgarró, sangrado, ni dolor”. También dijo que “no le metía los dedos pero sí el pene”. En su declaración en la cámara Gesell narró algo similar, y dijo que sentía “que se frotaba en sus partes, pero que la sentía por dentro, -no sabe cómo decirlo-, que no lo llegaba a meter en la vagina... que no la llegaba a notar entrar del todo... que le rozaba con sus partes genitales aunque no llegaba a metérsela del todo, que era así porque no le llegó a dolor, solamente le molestó alguna vez y se supone que debe doler mucho y a ella no le dolió”.

Como se deduce de cuanto se acaba de exponer la sentencia de apelación, que ha ratificado y avalado la valoración probatoria realizada por el

tribunal de instancia, ha tomado en consideración los distintos parámetros valorativos a que antes hemos hecho referencia para atribuir plena credibilidad a la declaración de la víctima y observamos que sus conclusiones tienen como soporte unos criterios de valoración racionales y ajustados a las pautas jurisprudenciales de esta Sala y del Tribunal Constitucional. No ha habido, por tanto, la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

El motivo se desestima

#### **4. Ley penal aplicable al delito continuado**

4.1 En el tercer motivo se censura la sentencia por infracción de ley, invocando la aplicación indebida de los artículos 181.1 y 3 y 183.4 d) del Código Penal. Se aduce que, dado que los hechos se produjeron en un periodo comprendido entre 2009 y 2011 y que en medio de dicho periodo se produjo la modificación del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010, se debe aplicar la ley penal más beneficiosa pues de lo contrario se vulnerarían los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal no favorable, conforme a los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución. En el recurso se argumenta este motivo de impugnación en los siguientes términos:

“Un correcto entendimiento del principio de irretroactividad de la Ley penal, inmerso como se dijo en las SSTC 8/81 y 15/81 en el de legalidad, significa que no es posible aplicar una Ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor al mismo tiempo indica que los efectos de una Ley perjudicial cesan cuando ha terminado su tiempo de vigencia, bien porque en una sucesión normativa se contempla la situación más benignamente o porque tal situación haya dejado de contemplarse (STC 21/93 de 18 enero).

Entendemos que debe prevalecer siempre el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, y por ello para salvaguardarlo se entiende que basta con que uno de los actos que integran el delito continuado se haya cometido bajo la vigencia de la ley anterior -más favorable- para que no pueda ser de aplicación la posterior y más gravosa. Con el debido respeto, el delito continuado es una construcción

jurisprudencial, doctrinal, y posteriormente legal, que tiene por finalidad agrupar diferentes hechos delictivos cometidos por el mismo autor durante un lapso temporal y que atentan contra el mismo bien jurídico para así lograr una pena más proporcionada y beneficiosa para el reo. Por este motivo, la corriente jurisprudencial que permite la aplicación de la ley penal posterior y más gravosa en un delito continuado supone una desnaturalización de la propia finalidad perseguida por esta figura que fue precisamente creada para considerar como un solo delito una pluralidad de acciones siempre que se encontraran encabezadas por un mismo designio de su autor, para lograr una pena más humanitaria”.

4.2 El artículo 2 del Código Penal reconoce el principio de irretroactividad de la ley penal salvo que la nueva ley sea más favorable, lo que no es sino una de las manifestaciones del principio de legalidad reconocido también en el artículo 9.3 de la Constitución y en el artículo 1.1 del Código Penal. Según el principio de irretroactividad no es posible aplicar una Ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, lo que obliga a establecer un criterio hermenéutico en los supuestos de delito continuado, en que los distintos delitos singulares que lo integran pueden haberse producido bajo la vigencia de leyes distintas. Eso es lo que aquí se cuestiona, en tanto que algunos de los abusos se produjeron, según el relato fáctico antes de la entrega en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 y otros con posterioridad.

Esta Sala viene proclamando (STS 826/2017, de 14 de diciembre) “[...] que el delito continuado no es una figura destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino que es una verdadera realidad jurídica que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una unidad objetiva y subjetiva, SSTS 461/2006 de 17 abril, 1018/2007 5 diciembre, 1075/2009 del 9 octubre. Desaparecidas las connotaciones pietistas que fundamentaron en un principio la aplicación del instituto de la continuidad delictiva, hoy se asume la entidad propia y específica del delito continuado, con independencia de si su aplicación mejora o empeora la consecuencia jurídica (SSTC 484/2000 de 21

marzo, 136/2002 de 6 febrero)”. Señala esa sentencia que “el delito continuado se consuma cuando se ejecuta la última acción que configura el complejo delictivo que se constituye en un ilícito penal por la conjunción de las distintas acciones que lo integran. Por consiguiente, consumado el delito continuado objeto de enjuiciamiento bajo la vigencia de la nueva norma, serán las disposiciones de esta las aplicables a tal efecto y en ningún caso y en ninguna circunstancia podrá extenderse en el tiempo la vigencia de una Ley después de la fecha de su derogación [...]”.

Por consiguiente, en el delito continuado se fija la penalidad con arreglo a la ley vigente al tiempo de la consumación del complejo delictivo y no puede hablarse de aplicación retroactiva de la ley penal por el hecho de que alguno de los hechos se haya cometido antes de la entrada en vigor de la ley aplicable al momento consumativo (en igual sentido ATS 174/2021, de 4 de mayo).

En la STS 1625/2000, de 31 de octubre, se justificó este criterio señalando que “en el caso de que la ley que rige después del comienzo de ejecución fuera más grave -como ocurre en la presente causa- no existiría ninguna justificación para beneficiar al autor que, no obstante el incremento de la amenaza penal, no inhibió sus impulsos delictivos para dar comienzo a la ejecución del delito”.

El motivo se desestima.

##### **5. Juicio de tipicidad: Acceso carnal**

Transitando por la misma vía casacional que la del motivo anterior (849.1 de la LECrim) se reprocha a la sentencia la aplicación indebida del actual artículo 183.3 del Código Penal (antes artículo 182.1). El recurrente considera que, conforme a la doctrina de esta Sala, el acceso carnal en cualquiera de sus modalidades (bucal, vaginal o anal) precisa para su consumación la introducción efectiva del miembro que se introduce y sostiene

que en este caso no hubo tal introducción lo que justificaría la inaplicación de este factor de agravación.

Para dar respuesta a este motivo resulta obligado recordar, una vez más, que cuando se acciona a través del motivo del artículo 849.1 de la LECrim es necesario un escrupuloso respeto al relato de hechos probados de la sentencia impugnada, dado que este motivo casacional tiene como único objeto el control del juicio de tipicidad que debe realizarse a partir de los hechos declarados probados en el juicio histórico (STS 799/2017, de 11 de diciembre, por todas).

En este caso sometido la sentencia impugnada declara probado los siguientes hechos:

“Durante aproximadamente dos años, en un periodo que se situaría entre el mes de Junio de 2009 hasta finales del año 2011, y en el domicilio referido, unas veces en el salón y otras en el cuarto de baño o incluso en la cocina, el acusado, aprovechando generalmente las ocasiones en las que su esposa y ese otro hijo habían salido o encontrándose éstos en sus dormitorios en la pene de arriba del inmueble, y por tanto, estando a solas con su hija Alicia en las habitaciones mencionadas, con evidente ánimo lujurioso, la sometió en numerosas ocasiones a diversos tocamientos en sus genitales y en sus zonas erógenas, le obligó a que le masturbara y en otras introdujo sus dedos y el pene en la vagina, aunque no completamente, pues la menor conservaba el himen íntegro”.

La sentencia de primera instancia, por tanto, declara que hubo introducción parcial en la vagina de la menor, tanto de los dedos como del pene del sujeto activo del delito.

El artículo 183.3 del Código Penal sanciona más gravemente los abusos sexuales sobre menor de 16 años “cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras cavidades”.



Esta Sala viene entendiendo desde hace muchos años que para la consumación de esta modalidad agravada no se precisa una introducción completa del miembro o del objeto, siendo suficiente una introducción parcial. El acceso carnal se produce cuando la penetración supere el umbral de los labios mayores en línea con la vieja doctrina de la "*coniunctio membrorum*". (STS 31-05-94). En esa misma dirección la STS 339/2007, de 30 de abril, reiteró que "la "consumación" se entiende producida tan pronto se consigue el ayuntamiento carnal o conjunción de órganos genitales de varón y hembra, siempre que conlleve la penetración del pene, más o menos perfecta en la cavidad genital femenina, en los órganos sexuales de la mujer, sin exigirse la perfección fisiológica del coito, la cópula normal y completa en el alcance y consecuencias. Esto es, no se requiere que la penetración del miembro viril sea completa, bastando la introducción más o menos profunda, ni que se precise la rotura más o menos completa del himen con desfloración de la mujer virgen".

En anteriores apartados de esta sentencia ya nos hemos referido a la forma en que la menor describió las penetraciones de que fue objeto y, como señala acertadamente la sentencia de instancia, los abusos de que fue víctima no fueron simples palpaciones, frotaciones o tocamientos, sino que se llegó a introducir el pene y los dedos en la vagina de la menor de forma parcial, lo que conforma la exigencia típica de "acceso carnal por vía vaginal" a que alude el artículo 183.3 del Código Penal.

El motivo se desestima.

## **6. Atenuante de confesión**

6.1 También por el cauce de la infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim en el quinto motivo del recurso se denuncia la inaplicación de la atenuante analógica de confesión, conforme a lo establecido en el artículo 21.4, en relación con el artículo 21.7 del Código Penal. Entiende la defensa que el recurrente reconoció parcialmente los hechos y pidió perdón por lo sucedido a través de un mensaje que envió a la madre el día 15/03/189 y de

una carta manuscrita remitida el 17/07/2018. Se señala, por último, que durante todo el procedimiento el acusado ha mantenido una actitud colaborada sin interponer recursos y sin adoptar medida alguna que pudiera servir para retrasar el curso de las actuaciones, circunstancias todas ellas que justifican una atenuación de la pena impuesta.

6.2 El artículo 21.4 del Código Penal prevé como causa de atenuación de la pena “el haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”. Tal y como señaló la STS 1177/2003, de 12 de septiembre, la atenuante de confesión se justifica por la utilidad que efectivamente reporte a la Justicia, ahorrando esfuerzos de investigación y facilitando la instrucción y enjuiciamiento y no en razones subjetivas de premio a una conducta moral de arrepentimiento del sujeto, perspectiva que estaba presente en el Código Penal de 1973 y que fue criticada por la doctrina y abandonada por la jurisprudencia de esta Sala.

La descripción normativa coincide en lo sustancial con la atenuante contenida en el artículo 9. 9ª del derogado Código Penal de 1973 y la antigüedad de la previsión legal explica que haya pronunciamientos muy antiguos de este tribunal en los que se ha interpretado el precepto.

La jurisprudencia exige que se trate de una verdadera confesión y que sea veraz en lo sustancial, lo que ha dado lugar a su no apreciación cuando recae sobre aspectos intrascendentes, y cuando se trate de confesiones parciales o inexactas y que hayan sido realizadas de modo interesado por el acusado buscando un mejor tratamiento penal (STS 251/2004, de 26 de febrero). También ha insistido en el requisito cronológico de que se produzca antes del inicio del procedimiento judicial, aun cuando este último presupuesto se ha matizado admitiendo la confesión tardía como atenuante analógica.

6.3 En el caso que nos ocupa es cierto que el acusado remitió a la madre un mensaje por WhatsApp en el que pedía perdón por su conducta y que, iniciado el procedimiento judicial, remitió una carta manuscrita en el

mismo sentido, si bien en estas comunicaciones no relataba los hechos acaecidos. Posteriormente y durante el proceso el hoy recurrente reconoció parcialmente su culpabilidad ofreciendo una versión de descargo en la que admitió haber realizado tocamientos de escasa relevancia y durante un periodo de tiempo limitado de dos o tres días, lo que aleja su versión de los hechos denunciados y declarados probados.

En conclusión, la confesión del recurrente fue interesada, parcial, dirigida a buscar la exculpación y no ha supuesto un acto de colaboración relevante que justifique la atenuación penológica interesada, de ahí que el motivo no pueda ser acogido, como tampoco puede dar lugar a la atenuación el hecho de que el recurrente no haya obstaculizado la tramitación del proceso. Se trata de una circunstancia no prevista en la ley como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

El motivo se desestima.

#### **7. Cuantía de la indemnización por daños morales**

7.1 Por último, en el motivo sexto del recurso y con cita del artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la indebida aplicación de los artículos 193 y 113 del Código Penal, reprochando a la sentencia la falta de motivación de las bases de cálculo de la indemnización fijada en la sentencia, motivación que se considera exigible dada la elevada cuantía fijada en la sentencia.

7.2 Esta Sala viene afirmando que la indemnización por daños morales es la traducción económica de una reparación de esa clase de perjuicio y que es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia y, por tanto, inatacable en casación. Las SSTS 97/2016, de 28 de junio y 957/200, de 28 de noviembre, señalan que se puedan discutir las bases de la indemnización, si bien añadiendo que este tipo de indemnizaciones no están sujetas a reglas aritméticas por lo que no es posible establecer su cuantía con una precisión exacta, de forma que no es necesario para su fijación un razonamiento

singular, bastando que la cuantía se ajuste a estándares habituales y a parámetros respetuosos con pautas comúnmente compartidas y reconocibles.

En la STS 433/2019, de 1 de octubre, se señala que en este tipo de indemnizaciones la cuantificación "(...) es impermeable a criterios reglados o aritméticos incompatibles por definición con la naturaleza de ese daño -no patrimonial-, frente al que solo cabe una compensación económica. Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho. Mientras que la finalidad de la restauración del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable. La indemnización tiene como función el alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos e imprecisos. La motivación no puede ser exigible en iguales términos, aunque tampoco puede ser del tipo -alguna-cantidad-habrá-que poner- como se ha dicho por algún tratadista de forma gráfica. Ante la imposibilidad de encontrar estándares de referencia claros, hay que acudir a valoraciones relativas (vid. SSTC 42/2006 o 20/2003, de 10 de febrero). *Pas de motivation sans texte* se dice en el país vecino cuando las normas remiten al prudente arbitrio a la discrecionalidad o a la equidad. No puede afirmarse lo mismo en nuestro ordenamiento (así se desprende de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que acaban de citarse). Pero en caso de indemnización por daño moral una valoración genérica e incluso implícita puede ser suficiente. Ese estándar mínimo que no puede estirarse más, salvo con el uso de una retórica o unas fórmulas huecas, pues no van a conducir a cifras concretas, est  colmado por la sentencia (STS 684/2013, de 16 de julio). Era seguramente deseable alguna mayor retórica motivadora. Pero basta la remisión a las lesiones y daños sufridos que se efectúa combinada con la lectura del párrafo final del hecho probado para considerar suficientemente justificada (...)"

7.3 Aplicando estas consideraciones al caso sometido a nuestro control casacional debe precisarse que la sentencia de instancia fijó una indemnización por daños morales de 10.000 euros y dedicó con extensión su fundamento jurídico séptimo a justificar la procedencia de la indemnización, fijando su cuantía en atención a criterios de libre arbitrio judicial.

Apreció la existencia de daño moral con apoyo en las conclusiones del informe médico forense (folios 264 a 275) en el que se apreció la existencia de sintomatología psicológica vinculada causalmente con los abusos sexuales sufridos, consistentes en tristeza, apatía, sentimiento de culpabilidad, baja autoestima etc. También se apreciaron síntomas de inadaptación personal y general asociados en lo esencial al malestar vivenciado y se tuvo en cuenta la declaración de la menor, en la que refirió la sensación de miedo a su padre o de miedo a contar lo sucedido durante años y, en fin, se tuvieron en cuenta los sentimientos de angustia y desconfianza derivados de los abusos, así como el innegable sufrimiento que la menor sufrió durante años. El tribunal de instancia, por tanto, se preocupó de explicar los perjuicios sufridos por la víctima para justificar la procedencia de la indemnización solicitada por las acusaciones.

Según hemos señalado, en este tipo de casos no es posible argumentar la procedencia de una concreta cuantía porque no hay pautas para establecer las bases de cálculo. Ciertamente hay un perjuicio (secuelas psicológicas) que podría cuantificarse acudiendo a criterios comparativos como el establecido en el baremo de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro de la Circulación de vehículos a motor, pero ese perjuicio no totaliza el daño moral causado. La traducción económica del sufrimiento derivado de los abusos sufridos no admite módulos comparativos, como no sea tomando como referencia otros pronunciamientos judiciales recaídos en casos similares, pero el recurrente no ha realizado ese esfuerzo para que lleguemos al convencimiento de que la cuantía fijada en la sentencia es desproporcionada o que se aleja de parámetros de cálculo habituales. No apreciamos, en fin, que la cuantía establecida sea excesiva, notoriamente improcedente, desproporcionada, injustificada o que no se ajuste a los parámetros que de ordinario se suelen utilizar en supuestos similares, razón por la que el motivo ha de rechazarse.

#### **8. Costas procesales**

De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso de casación.

## FALLO

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

1.º **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por don MIGUEL GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ contra la sentencia número 157/20, de 16 de junio de 2020 de la Sala de lo Penal y Civil del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

2.º Condenar al recurrente al pago de las costas procesales causadas por el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez

Andrés Palomo Del Arco

Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Javier Hernández García

