



Roj: **STS 436/2024 - ECLI:ES:TS:2024:436**

Id Cendoj: **28079120012024100069**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2024**

Nº de Recurso: **10248/2023**

Nº de Resolución: **77/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 77/2024

Fecha de sentencia: 25/01/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10248/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/01/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10248/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 77/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D.^a Ana María Ferrer García

D.^a Susana Polo García

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 25 de enero de 2024.



Esta Sala ha visto recurso de casación nº **10248/2023** interpuesto por **Jesús María** representado por la procuradora Sra. D.^a Sonia María Casqueiro Álvarez y bajo la dirección letrada de D. José María De Dios Domínguez contra Sentencia de Apelación de fecha 9 de diciembre de 2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirmaba la Sentencia de fecha 22 de julio de 2022 dictada por la Sala de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Quinceava) que condenaba al recurrente como autor penalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual a menor de 16 años. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Alcobendas, inició Sumario con el número 1288/2021 seguido contra Jesús María por delito continuado de abuso sexual a menor de 16 años. Una vez concluso lo remitió a la Sección 15^a de la Provincial de Madrid que dictó sentencia con fecha 22 de julio de 2022 y que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"El procesado Jesús María, mayor de edad, de nacionalidad paraguaya, con NIE NUM000, en situación regular en España y con antecedentes penales susceptibles de ser cancelados, con ánimo de satisfacer sus más reprobables instintos sexuales y a pesar de tener pleno conocimiento de que con su conducta perjudicaba claramente el derecho de su hija Paloma, menor de edad, por cuanto nacida el NUM001 de 2006, a su desarrollo sexual así como a su indemnidad sexual, realizó los siguientes actos: En fecha indeterminada del mes de julio del 2018, durante las vacaciones familiares en la provincia de Alicante, el procesado comenzó a realizar tocamientos en las partes íntimas de la menor sin su consentimiento, tocándole de manera repetida los genitales por debajo de la ropa de manera superficial

Transcurridos algunos meses desde aquellos episodios el procesado repitió conductas similares en el domicilio familiar sito en CALLE000 NUM002 de DIRECCION000, siendo los tocamientos progresivamente más intensos, produciéndose no únicamente sobre los genitales sino también sobre ambos pechos, y llegando a introducir el procesado sus dedos en la vagina de la menor, y todo ello sin que mediara violencia o intimidación.

'Estas situaciones se producían en cuando la menor se encontraba en casa con el acusado.

A comienzos del año 2021, también en el domicilio familiar, el procesado, además de realizar los referidos tocamientos, comenzó a penetrar vaginalmente a su hija sin que mediara violencia o intimidación. Esta situación se produjo en varias ocasiones, utilizando preservativo tan solo en alguna de ellas.

Como consecuencia de los hechos anteriores, la menor descubrió en el mes de junio de 2021 que había quedado embarazada.

Como consecuencia de estos hechos el acusado acudió junto con su hija menor a un centro de interrupción voluntaria del embarazo, no pudiendo la menor someterse al mismo toda vez que el progenitor no estaba reconocido como padre en el registro civil.

Posteriormente la menor Paloma el día. 25 de agosto de 2021 pudo someterse a la intervención médica de interrupción voluntaria del embarazo, y sometidos los restos abortivos a las pruebas biológicas de ADN contrastadas con el ADN del Jesús María, resultaron de las mismas que la probabilidad de paternidad de Jesús María, era del 99,99999999997%, y el índice de paternidad de aproximadamente 30,5 billones de veces más probable que el acusado sea el padre biológico de los restos embrionarios extraídos de Paloma, frente a una persona tomada al azar.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia establece:

"Que debemos condenar y condenamos a Jesús María, sin el concurso de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autor penalmente responsable de un delito continuado de abusos sexuales con penetración a menor de 16 años, a la pena de 12 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena y la pena accesoria legal de prohibición de aproximación a una distancia no inferior a 500 metros de su domicilio, centro escolar, o cualquier lugar frecuentado por la víctima, así como la prohibición de comunicación con la misma, y todo ello durante un periodo de 15 años; en virtud del artículo 192.1 del Código Penal, la medida de libertad vigilada por tiempo de 8 años consistente en la prohibición de aproximación y comunicación, con la víctima (art 106.1e) y f) del CP) y la obligación de participar en programas de educación sexual (art 106.1 CP). De conformidad con el artículo 192.3 del Código penal la pena de privación de la patria potestad hasta la mayoría de edad y la pena de inhabilitación especial para profesión y oficio sea retribuido o no que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 20 años.



Igualmente, se le condena al pago de una indemnización en concepto de responsabilidad civil por daños morales a la víctima Paloma a través de su representante legal de 50.000 euros que deberá incrementarse en los términos del artículo 576 de la LEC.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, habiendo saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuyo recurso deberá interponerse, en su caso, en el plazo de diez días a contar desde la última notificación".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por Jesús María , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó Sentencia, con fecha 9 de diciembre de 2022 que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Jesús María contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2022, dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento ordinario nº 111/2022, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, y declaramos de oficio las costas de esta alzada. Contra la resolución que se notifica cabe 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 (arts. 855 y 856 LECr)".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó por el condenado recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Jesús María .

Motivo primero.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 882 LECrim. (derecho a la presunción de inocencia). **Motivo segundo.-** Por infracción de ley del art. 849.1 LECrim., por vulneración del art. 183.1, 3 y 4 d) CP y LO 10/22 de garantía integral de la libertad sexual (DA 4ª).

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso solicitando su inadmisión y subsidiaria desestimación. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 24 de enero de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos del recurso busca cobijo en el derecho constitucional a la presunción de inocencia para reclamar un pronunciamiento menos gravoso suprimiendo la continuidad delictiva apreciada; o, incluso, exoneratorio, por virtud de la eximente del art. 20.2 CP basada en la previa ingesta de bebidas alcohólicas junto con medicamentos para inducir al sueño.

SEGUNDO.- La argumentación en cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas (pluralidad de sucesos) pivota sobre la denuncia de una deficiencia en el interrogatorio de la menor: la afirmación de que esa conducta se había repetido y la concreción aproximativa del número de ocasiones, fueron fruto de unas preguntas sugestivas, que, por tanto, determinarían la invalidez de las respuestas.

Hay que aceptar -y así lo hizo la Sala de instancia- que, en efecto, la gestión del interrogatorio por el psicólogo forense no fue todo lo escrupulosa que cabía esperar, precisamente por esa merma de la espontaneidad del testimonio que, en ese extremo, pudo verse enturbiado por estar de alguna forma dirigido. En caso de menores eso resulta aún más perturbador.

Pero tal deficiencia no es necesariamente causa de inutilizabilidad de la prueba, sino tan solo un factor que ha de tomarse seriamente en consideración a la hora de valorar la testifical como ha hecho correctamente la Sala de instancia. Otorgar una eficacia anulatoria a ese tipo de irregularidades en el interrogatorio iría contra el más elemental sentido común. La Audiencia examina el conjunto de las declaraciones y, con razón, no otorga trascendencia a esa cuestión. Desde su declaración inicial en sede policial la menor habló de pluralidad de penetraciones. Pensar que la declaración posterior, coincidente en ese extremo, obedecía no a la realidad sino a tratarse de preguntas sugestivas no es razonable.

El art. 709 LECrim. proscribe las preguntas sugestivas. La prescripción opera también en sede de prueba preconstituida realizada a través de un experto y no directamente por el Juez. La defensa no alzó protesta alguna en el momento adecuado. Obedecía quizás ello a un bienintencionado respeto a la menor que declaraba



como víctima, y a las dificultades y menor agilidad en supuestos de preconstitución probatoria (Cámara Gesell) para interferir en la diligencia. Muy probablemente, animaba también al psicólogo al formular las preguntas el propósito de facilitar las respuestas minimizando la victimización secundaria.

Tratándose de testimonios de menores, empero, adquiere especial importancia el llamado "recuerdo libre" y no la respuesta sugerida, aunque en las edades más bajas el recuerdo libre tienda a ser menos expresivo.

La ausencia de toda reclamación o protesta en el acto y la actitud omisiva al no pedir la reproducción de la prueba en el juicio oral, posición igualmente correcta en tanto se había desaconsejado pericialmente tal reiteración, no constituyen óbices para abordar la cuestión desde el prisma de la presunción de inocencia.

Si la prohibición de las preguntas impertinentes del art. 709 es un tributo que se paga al buen orden procesal (entre muchos, otro ejemplo de previsión con igual fundamento lo encontramos en el art. 445 de la Ley); la repulsa de preguntas capciosas (formuladas con artificio o astucia para provocar confusión o una respuesta viciada por el engañoso planteamiento), o sugestivas (sugieren y condicionan abierta o sutilmente la respuesta, privando de espontaneidad al testimonio) constituye, a su vez, garantía de las partes pues robustece la credibilidad de la prueba testifical (vid. igualmente la previsión del art. 436.2º o la del art. 437).

Explicaba la STS 925/2012, de 8 de noviembre analizando una queja similar

"Estamos, pues, ante una "garantía" en el más amplio sentido de la expresión. Pero dentro de esa amplia noción cabe una graduación que el propio Tribunal Constitucional ha establecido al señalar insistentemente que el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías no comporta la constitucionalización de todo el derecho procesal. Hay garantías básicas, irrenunciables, estructurales, esenciales (derecho a no declarar contra sí mismo, principio de contradicción, exigencias del derecho a ser informado de la acusación que respecto de la defensa llevan todavía más lejos el principio de contradicción...). Su afectación inutiliza toda la actividad procesal contaminada. Hay otras garantías que se mueven en un plano legal y no constitucional. Entre estas segundas el alcance de sus repercusiones es también dispar. Con unos ejemplos se explicará mejor que con un argumento lo que se quiere exponer.

La presencia del Secretario Judicial en una diligencia de entrada y registro o la presencia del letrado cuando un detenido presta el consentimiento para que se acceda a su vivienda no son exigencias constitucionales, sino legales. Aunque no sin algunas vacilaciones iniciales, la jurisprudencia ordinaria concuerda en identificarlas como garantías esenciales.

También son garantías la necesidad de que se advierta al testigo de las penas con que está sancionado el delito de falso testimonio (art. 433 de la LECrim.); la prestación de promesa o juramento (art. 706 y 434 de la LECrim., aunque sociológicamente esta garantía esté tan devaluada que en algunos países se ha prescindido de ella); la incomunicación entre sí de los testigos mientras no presten su declaración (art. 704); o la preferencia del intérprete titulado sobre el que carezca de esa habilitación para actuar como traductor (arts. 441 y 711). Pues bien, su vulneración (se omitieron las advertencias legales o la prestación de promesa; un testigo estaba presente en la sala mientras deponían otros testigos; se acudió por comodidad a un intérprete no titulado cuando había disponibilidad de otros cualificados...) no arrastra la nulidad de las actuaciones que puedan verse afectadas por la irregularidad. Si se trata de una actividad probatoria es exigible que se evalúe en cada caso cómo ha podido afectar a la fiabilidad esa deficiencia que en todo caso ha de reprobarse. Eso es lo que ha proclamado reiteradamente esta Sala en relación a la previsión del art. 704. No significa que se destierren al limbo de lo intrascendente esas irregularidades procesales. Nunca es nimia o despreciable una garantía procesal. En ocasiones la constatación de la vulneración de esas reglas procesales será justamente la causa en virtud de la cual se niega la capacidad convictiva de un testimonio (el testigo de cargo al declarar había escuchado las respuestas dadas por el acusado por lo que la defensa se vio privada de estrategias de interrogatorio aptas para cuestionar su credibilidad). Pero sería no solo contrario a la norma, sino también ilógico, que de esas irregularidades normativas se diese un acrobático salto a la nulidad radical, atribuyendo efectos sustantivos (al modo de una eximente), por el camino de la presunción de inocencia (privación de valor a la actividad probatoria), a lo que es la contravención de una norma que ocupa un nivel inferior en la escala de las garantías. Hay que respetar todas las previsiones legales cualquiera que sea su alcance; y estimular, alentar y exigir su estricto cumplimiento especialmente cuando tienden a tutelar los derechos de las partes y la corrección del enjuiciamiento. Pero no es lo mismo olvidar que un testigo debe prestar juramento; que no conceder por descuido el derecho a la última palabra; omitir las advertencias previstas en el art. 416 L.E.Crim; o celebrar el juicio en ausencia sin que lo haya reclamado alguna de las acusaciones o sobrepasando la pena solicitada la duración de dos años; o practicar unas intervenciones telefónicas sin que medien unos indicios suficientes.

En ese marco es donde hay que situar las repercusiones que en el caso concreto pueden anudarse a esos interrogatorios enturbiados por el tono sugerente de algunas de las preguntas. Ninguna le ha atribuido el



recurrente que tampoco alzó protesta durante los interrogatorios. Eso es un signo que no permite concluir con rotundidad pero que sí es sugestivo de que no estimó que la prueba testifical quedase inservible y contaminada. Hay que coincidir con esa apreciación: el cuadro probatorio existente examinado globalmente, y en el contexto procesal concreto (testimonios de referencia de otras personas, declaraciones previas de los menores, informe pericial...) lleva a la conclusión de que la fiabilidad de las declaraciones no quedaba empañada o anulada. De la incorrecta formulación de muchas de las preguntas no se sigue necesariamente la invalidación del testimonio. En esa idea abunda el hecho de que la Ley Procesal haya previsto como motivo de casación en su art. 850 la indebida denegación de preguntas (privación de un medio de prueba); pero no su reverso (admisión de preguntas que no debieran haberse formulado), lo que no significa, como se ha expuesto anteriormente, que eso no pueda ser tomado en consideración en unión con otros datos y que pueda llegar a alcanzar en algunos supuestos relieve casacional".

Sería un exceso inacogible anudar a esa realidad aceptada la desmesurada consecuencia de inutilizabilidad de la prueba. Las preguntas sugestivas han de ser rechazadas, pero no invalidan el interrogatorio si llegan a colarse. Condicionan la valoración global pero no constituyen causa de nulidad, sino una irregularidad a sopesar en el momento de ponderar una declaración.

En el punto concreto en el que incide el recurrente -pluralidad de hechos- la fórmula empleada en el interrogatorio, no siendo correcta, no enturbia la credibilidad del testimonio que guardaba coherencia también en ese extremo con lo denunciado ante la Policía. El testimonio de la menor no podría encontrar más explicaciones que su adecuación a la realidad.

TERCERO.- Sentado lo anterior, si ya era tarea hercúlea dotar de alguna verosimilitud a la hipótesis de que el único hecho se produjo en un estado de cancelación total de las capacidades intelectivas y volitivas como consecuencia de la mezcla de alcohol con algún tipo de pastillas contra el insomnio, se convierte en meta sencillamente inalcanzable el objetivo de convencernos de que esa situación pudo reproducirse todas y cada una de las ocasiones en que se produjeron abusos. Aún así, la doctrina de las *acciones liberae in causa* convertiría tal alegato en inocuo e irrelevante penalmente.

Pero es que, además, mal puede acogerse un discurso de ese tipo al principio de presunción de inocencia, que no afecta a las eximentes y atenuantes (la Constitución no obliga a presumir el estado de embriaguez de todo acusado mientras no se demuestre lo contrario). Respecto de ellos rige sin duda *-sine dubio-* el principio *in dubio*. Ha de considerarse sepultada definitivamente la idea de que las eximentes o atenuantes han de estar tan acreditadas como el hecho mismo (como dice el Tribunal Superior de Justicia en su Sentencia en fórmula tan repetida -también por esta Sala- como criticable). Pero es que como señaló la Audiencia Provincial, no se detecta el más mínimo principio de prueba de esa situación; ni siquiera un informe en que, aunque fuese por vía de hipótesis no descartable, se acreditase esa posibilidad, tanto en general, como en concreto respecto del acusado.

El motivo ha de decaer.

CUARTO.- El segundo motivo reclama la aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, por considerarla más favorable, para proyectarla sobre estos hechos por virtud del art. 2.2 CP.

El alegato no fue suscitado en apelación. No por ello se convierte en cuestión nueva. Ciertamente la norma fue publicada en el Boletín Oficial dos días después de la notificación de la sentencia de instancia, justo cuando comenzaba el plazo para interponer la apelación. Pero se encontraba en plazo de *vacatio legis*. No era derecho vigente. El Tribunal Superior de Justicia debiera haber activado un incidente para solventar la posible incidencia de tal legislación novedosa en el asunto enjuiciado. No lo hizo así. Eso justifica que ahora admitamos tal alegato para zanjar definitivamente la cuestión. Decretar una nulidad para subsanar ese déficit en la apelación sería puramente dilatorio, amén de que no viene reclamada (art. 240.2 LOPJ).

Los hechos fueron encajados en los arts. 183.1, 183.3 y 183.4 d) en relación con los arts. 74 y 192 CP en la redacción vigente antes de la reforma de junio de 2021. La horquilla de la pena privativa de libertad habría de moverse, como señala la sentencia de instancia, entre once y doce años, prescindiendo de la opción de elevar la penalidad hasta la mitad de la pena superior en grado para lo que habilita el art. 74.1 CP. Se impuso en su máxima extensión: doce años.

Si atendemos al régimen surgido de la reforma de septiembre de 2022, los hechos encajarían, en principio, en el art. 181.1 y 3 y 4.e) en relación con los arts. 192 y 74 CP. A esa calificación alude la defensa. La pena privativa de libertad se moverá entre diez años y seis meses y doce años (y no nueve y doce como apunta la defensa: la mitad superior - art. 74 CP- de la mitad superior -art. 181.4 d)- de una prisión comprendida entre seis y doce años, se concreta en una pena de diez años y seis meses a doce años). Es ley más favorable.



La situación de asimetría (superioridad) y prevalimiento por ser ascendiente son objeto de una doble valoración: en el art. 181 la diferencia de edad es inherente a todos los tipos y el art. 181.4 d) contempla la relación de parentesco.

Sin embargo, el art. 178.2 CP sí permite jugar con el principio de alternatividad (art. 8.4). Si, en lugar de acudir al art. 181.4. d) para dar relevancia penal a la condición de ascendiente, la reconducimos al art. 178 y 181.2 (abuso de una superioridad derivada del parentesco), la penalidad oscilaría entre diez y quince años (art. 181.3). La continuidad nos situaría, como con acierto apunta el Fiscal, en un pena mínima de doce años y seis meses, superior a la impuesta.

Esta exégesis, refrendada ahora por la reforma de 2023 con la referencia que se hace al art. 8.4 CP, venía ya asumida con anterioridad por este Tribunal.

El motivo es desestimable.

QUINTO.- La desestimación del recurso lleva a la condena al recurrente al pago de las costas procesales (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Jesús María** contra Sentencia de Apelación de fecha 9 de diciembre de 2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirmaba la Sentencia de fecha 22 de julio de 2022 dictada por la Sala de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Quinceava) que condenaba al recurrente como autor penalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual a menor de 16 años.

2.- Imponer a Jesús María el pago de las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García

Ana María Ferrer García Susana Polo García

Javier Hernández García