



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 209/2017, de 28 de marzo de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1707/2016

SUMARIO:

Abusos sexuales. Dispensa de declarar del artículo 416 LECrim. Requisitos y efectos. La menor, acompañada de su madre, denunció distintos tocamientos lascivos de su progenitor; posteriormente en la instrucción se ratificó per en el juicio oral se acogió a la dispensa de declarar al amparo de lo dispuesto en el artículo 416 LECrim. El estatuto jurídico del menor, invita a entender que el acceso a la dispensa de declarar, no está supeditado a la mayoría de edad. El menor tiene derecho a ser oído y a que su opinión se tome en consideración en función de su edad y su madurez. Se señala que si la testigo/víctima se persona en el proceso ejerciendo la acusación particular se sitúa fuera de las personas con derecho a la dispensa, y su status se equipara al de un simple testigo obligado a declarar. Dicha pérdida del derecho a acogerse a esa dispensa se perpetuaba aunque después la víctima se hubiera retirado del proceso. En este caso en la medida que la víctima estaba personada en las actuaciones como acusación particular, había decaído en su derecho a acogerse a la dispensa. Sin embargo, tal afirmación exige sus matizaciones, porque dada su minoría de edad (15 años) al momento en que se denunciaron los hechos, la personación la decidió en su nombre su progenitora la hoy recurrente, a quien se hizo, como representante legal de aquella, el ofrecimiento de acciones de los artículos 109 y 110 LECrim. Esta circunstancia determinó la conveniencia de que al momento de celebrarse el juicio oral, cuando a la testigo le faltaban escasamente nueve meses para alcanzar la mayoría de edad, el Tribunal sentenciador interesara su opinión al respecto. En la primera ocasión en que fue preguntada una vez había alcanzado la suficiente edad y madurez para que su opinión, no solo fuera escuchada sino también atendida y respondió, firme y categóricamente, que no quería actuar contra su padre ni declarar en el juicio. Esa voluntad libremente expresada por la menor víctima, por primera vez desde que alcanzó la suficiente madurez, es indudablemente relevante en relación a la pervivencia de una relación procesal, es decir, la expulsión de la acusación particular vetó el ejercicio en el proceso de la acción penal y de la civil derivada de la misma, y en consecuencia la posibilidad de practicar la prueba propuesta a su instancia. Para terminar, decir que el posible vacío probatorio de cargo derivado del legítimo ejercicio de la víctima a no declarar contra su agresor, no puede ser suplido por los testigos de referencia porque no se trata de un supuesto de inexistencia o imposibilidad de contar con la versión de la víctima, sino del ejercicio por parte de un derecho, lo que conllevó a la absolución.

PRECEPTOS:

Constitución española, arts. 18, 24, 39 y 96.1.

Código Civil, arts. 5, 46, 152, 162, 317 y 663.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 101, 102, 109, 110, 410, 416, 707 y 716.

Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del menor), arts. 2 y 9.

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



www.civil-mercantil.com

PONENTE:

Doña Ana María Ferrer García.

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Don LUCIANO VARELA CASTRO
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Doña ANA MARIA FERRER GARCIA
Don CARLOS GRANADOS PEREZ

SENTENCIA

En Madrid, a 28 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación 1707/2016, interpuesto por D^a. Amparo (en representación de su hija menor Eugenia) representada por el procurador D. José María Torrejón Sampederro, bajo la dirección letrada de D. Marcos Sainz Molina, contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 22^a Rollo 20/2015). Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal y D. Teofilo representado por el procurador D. Leonardo Ruiz Benito y bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Tarsitano Mendoza.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 6 de los de Barcelona, incoó sumario con el número 3/2014 contra D. Teofilo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 22^a, rollo 20/2015) que, con fecha 26 de mayo de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

« Teofilo , ciudadano marroquí con residencia en España, mayor de edad y sin antecedentes penales, en el año 2012 estuvo conviviendo en el domicilio sito en la CALLE000 , NUM000 , NUM001 - NUM001 , de Barcelona, con su esposa, cuatro hijos varones y su hija Eugenia , nacida el NUM002 de 1999. La convivencia del grupo familiar en el expresado domicilio continuó hasta el 6 de abril de 2014, en que, a consecuencia de un incidente habido la noche de ese día en la vivienda, intervinieron agentes del cuerpo de Mossos d'esquadra, a raíz de cuya intervención el padre fue detenido y días más tarde, el 10, el Juzgado de Instrucción n^o 9 de Barcelona dictó auto imponiendo a Teofilo la medida cautelar de alejamiento, prohibiéndole aproximarse a una distancia inferior a 1000 metros del lugar en que se encuentre y en cualquier momento su hija Eugenia , así como al domicilio de la misma o centro docente al que acuda y comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento.»



www.civil-mercantil.com

Segundo.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

«1. Absolvemos libremente a Teofilo del delito continuado de agresión sexual del que ha sido acusado.

2. Declaramos de oficio las costas procesales causadas en la instancia.»

Tercero.

Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, por la representación de D^a. Amparo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso interpuesto por la representación de la recurrente D^a. Amparo se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º. Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.1 LECrim , al producirse una clara contradicción entre los hechos probados y el desarrollo del juicio oral.

2º. Por infracción de Ley y vulneración de Derechos Fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE , como es el derecho a la tutela judicial efectiva.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal que solicitó la estimación parcial, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 9 de marzo de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Por la Sección 22^a de la Audiencia Provincial de Barcelona se dictó sentencia en fecha 26 de mayo de 2016 , que absolvió a D. Teofilo del delito continuado de agresión sexual del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal.

La absolución vino determinada por la falta de pruebas al haberse acogido la testigo víctima de los hechos, de 17 años de edad a la fecha del juicio, al derecho a no declarar en contra del acusado, su padre.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por D^a. Amparo como acusación particular; por el Ministerio Fiscal se ha interesado la estimación parcial del recurso interpuesto.



www.civil-mercantil.com

Segundo.

El primer motivo de recurso, pese a que se introduce con la denuncia de vulneración a la tutela judicial efectiva, se formaliza por vía del artículo 851.1 LECrim por considerar que se ha producido contradicción entre los hechos probados y el desarrollo del juicio oral.

Explica el recurso que en abril de 2014 D^a. Eugenia , menor de edad en cuanto nacida el NUM002 de 1999, acompañada de su madre, la recurrente D^a Amparo , denunció distintos tocamientos lascivos de los que la primera habría sido objeto por parte de su progenitor, el acusado D. Teofilo . Posteriormente, en la fase de instrucción, pese a haber sido advertida del derecho a no declarar en contra de su padre, la menor ratificó la denuncia en su día formulada. Sin embargo, en el acto del juicio oral se acogió a la dispensa de declarar contra aquel al amparo de lo dispuesto en el artículo 416 LECrim , lo que el recurso atribuye a una reacción de inseguridad a consecuencia de los acontecimientos vividos. Inseguridad que se exteriorizó también en el uso por parte de aquella de una burka, mientras que con anterioridad no había utilizado símbolo religioso alguno. Y centra la indefensión en la ausencia en las actuaciones de algún informe tendente a constatar si la menor había sufrido consecuencias psicológicas a resultas de los hechos enjuiciados.

Tercero.

El cauce por el que se vehiculiza la queja, como contradicción de los hechos probados el artículo 851.1 LECrim , no es el adecuado a la pretensión que se ejercita.

El quebrantamiento de forma que ampara tal precepto procesal se refiere a contradicción en el relato de hechos probados y exige, según doctrina reiterada de esta Sala, que se den las siguientes condiciones: a) que la contradicción sea interna, esto es, que se dé entre los pasajes del hecho probado, pero no entre éstos y los fundamentos jurídicos; b) que sea gramatical, es decir, que no sea una contradicción deducida a través de una argumentación de carácter conceptual ajena al propio contenido de las expresiones obrantes en el relato fáctico, sino que se trate de contradicción "in términos" de modo que el choque de las diversas expresiones origine un vacío que arrastre la incongruencia del fallo, porque la afirmación de una implique la negación de la otra; c) que sea manifiesta e insubsanable en cuanto oposición antitética y de imposible coexistencia simultánea y armonización, ni siquiera con la integración de otros pasajes del relato y d) que sea esencial y causal respecto del fallo.

La cuestión planteada desborda los contornos del motivo invocado, lo que determina su desestimación, si bien su contenido entronca con el del segundo de los que se formula, en este caso por vulneración del artículo 24.1 CE que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que pasamos a analizar.

Cuarto.

Dos son las cuestiones que se plantean. La primera, si la Sala de enjuiciamiento debió ofrecer a la menor la facultad de acogerse a la dispensa prevista en el artículo 416 LECrim ; y la segunda, las consecuencias de su decisión de guardar silencio.

Respecto al primer aspecto, la menor fue instruida a tales efectos por el Tribunal de enjuiciamiento, al apreciar que la misma, dada su edad, gozaba de suficiente madurez para decidir sobre este punto, siguiendo la pautas marcadas por esta Sala de casación, en particular en la STS 699/2014 de 28 de octubre .



www.civil-mercantil.com

El estatuto jurídico del menor conformado a partir del Código Civil y la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (recientemente reformados ambos textos por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), invitan a entender, como dijimos en la sentencia que acabamos de citar, que el acceso a la dispensa de declarar que incorpora al artículo 416.1 LECrim no está supeditado a la mayoría de edad. El menor tiene derecho a ser oído y a que su opinión se tome en consideración en función de su edad y su madurez.

No es fácil fijar una edad a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez.

Dentro del marco general que delimitan el artículo 162 CC, que reconoce a los menores capacidad por sí mismos para los actos relativos a sus derechos de la personalidad en el momento en que adquieran suficiente madurez; y los artículos 152 CC, 2 y 9 LORJM que proclaman el derecho de los menores a ser oídos y a que se tomen en consideración sus opiniones en función de su edad y grado de madurez, el déficit de capacidad derivado de la minoría de edad no goza de un tratamiento unitario en nuestro sistema legal.

Así, con 12 años el menor no solo ha de ser necesariamente oído en los procedimientos de separación y divorcio de sus progenitores (artículo 700 LEC), sino que también a partir de esa edad biológica el menor ha de consentir su adopción (artículo 177 CC). Los mayores de 14 años pueden testar (artículo 663 CC), y el de 16 años se puede consentir la emancipación y el emancipado, a su vez, puede contraer matrimonio (artículo 317 y 46 CC).

El consentimiento previsto en el artículo 9 de la Ley reguladora de la autonomía del paciente, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, corresponde al mayor de 16 años que no tengan su capacidad modificada judicialmente y sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, salvo en caso de actuaciones de grave riesgo para su vida e integridad, supuestos estos en los que en todo caso habrá de manifestar su opinión.

Por su parte, el Código Penal, tras la reforma operada por la LO 1/2015 reconoce a los mayores de 16 años capacidad para consentir libremente relaciones sexuales, aunque en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y los relativos a la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de menores, el dintel cronológico de protección se eleva a la mayoría de edad.

Bastan los ejemplos expuestos para ilustrar por qué decíamos que la edad no recibe un tratamiento unitario en nuestro ordenamiento jurídico. En cualquier caso, resulta incuestionable la obligación legal de oír a los menores en aquellos aspectos que les afecten y de tomar en consideración su opinión «en función de su edad y madurez» (artículo 9 LORJM), lo que inevitablemente exige, además de la constatación de la edad biológica, un ejercicio de ponderación sobre su nivel de desarrollo emocional e intelectual y su capacidad para contrapesar los intereses en juego, en definitiva, para decidir de manera libre y responsable.

Podrá discutirse cual sea ese límite de edad en los casos en que no esté expresamente previsto. Si cabe fijar un esquema más o menos rígido, o analizar en cada supuesto la edad recomendable en atención a la envergadura de la decisión. En cualquier caso, siempre será necesario un ejercicio de ponderación sobre el nivel de madurez del concernido.

Y cualquiera que sea la opción por la que nos decantemos, no cabe duda de que una joven de 17 años, cuya capacidad no está judicialmente modificada, que ha entendido el alcance de la advertencia que se le efectuó y sus consecuencias, reúne las condiciones no solo para ser oída, sino también para que su opinión libremente formada se respete en los aspectos que a ella afectan. Y en lo que ahora nos atañe, a decidir acerca de la dispensa de declarar en contra del acusado que el artículo 416 LECrim reconoce por razón de parentesco.



www.civil-mercantil.com

En este caso la Sala sentenciadora no apreció déficit alguno en la capacidad de decisión de la joven, quien manifestó su interés en acogerse a tal dispensa, de manera «firme y categórica» y con plena comprensión del alcance de su decisión.

Ninguna prueba se ha practicado que permita sospechar fundadamente que la decisión de D^a. Eugenia no se hubiera formado libremente; que, como sostiene el recurso, fuera fruto de la inseguridad derivada de los hechos enjuiciados. Ciertamente es que no se realizó ningún informe o estudio respecto a una eventual influencia de tales hechos en la evolución psicológica y el desarrollo madurativo de la joven. Sin embargo, ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la recurrente puede residenciarse en este punto, cuando la misma estuvo personada en la causa como acusación particular en nombre y representación de su hija, y no solicitó su práctica. Tampoco lo hizo el Ministerio Fiscal.

El que la joven se presentara al acto del juicio con burka, mientras que cuando ocurrieron los hechos solo usara hiyab (así lo acreditó la testifical), puede ser demostrativo de una cierta evolución en su inteligencia de la religión que procesa, pero no servir de base para sustentar un juicio ponderativo de falta de madurez.

Tampoco existen motivos para sostener, como pretende el recurso, que la actuación de D^a Eugenia viniera motivada por un sentimiento de miedo hacia su progenitor, con el que no se comunica desde que se denunciaron los hechos objeto de estas actuaciones. En cualquier caso, en el plenario se adoptaron las medidas necesarias para que su intervención en el mismo, dada la minoría de edad de la testigo, se desarrollara sin confrontación visual con aquél.

En conclusión, ninguna objeción puede oponerse al comportamiento procesal del Tribunal sentenciador al ofrecer a la testigo víctima de los hechos enjuiciados la posibilidad de no declarar contra su progenitor, y al aceptar su decisión a acogerse a tal dispensa.

Quinto.

La segunda cuestión planteada se proyecta sobre el efecto que debe producir el silencio de la víctima. El Tribunal sentenciador entendió, con apoyo en la interpretación que esta Sala de casación ha mantenido al respecto, que el mismo hacía decaer la posibilidad de ejercitar la acusación particular.

Conforme dispone el artículo 410 de la LECrim, los testigos tienen la obligación de declarar: «todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre los que les fuere preguntado...»; y el artículo 707 del mismo texto legal viene a reproducir esa obligación para el acto del juicio oral en términos semejantes: ««todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuera preguntado», con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

La negativa del testigo a declarar puede llegar a tener consecuencias penales, conforme dispone el artículo 716 LECrim: «el testigo que se niegue a declarar incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, que se impondrá en el acto. Si a pesar de estos persiste en su negativa, se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la autoridad».

Sin embargo, existen excepciones a la obligación de declarar sobre los hechos de los que se tenga conocimiento. La que ahora nos interesa es la que establece el artículo 416 LECrim en los siguientes términos:

«Están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga



www.civil-mercantil.com

a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del art. 261 .

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia».

Esta dispensa se reproduce en el artículo 707 de la LECrim para el juicio oral.

El artículo 24.2 segundo párrafo CE , contiene una referencia a la posibilidad de dispensar a algunas personas de la obligación de declarar como testigo en los siguientes términos: «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». Es decir, deja en manos del legislador ordinario el detalle del alcance de la dispensa sin establecer condicionamiento alguno.

El TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de la dispensa de la obligación de declarar para algunos testigos que contienen diversas legislaciones nacionales y ha establecido que estas previsiones legales no son contrarias al derecho a un proceso equitativo establecido en el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales CEDH, (Casos Kostovski, TEDH S, 20 Nov. 1989; caso Windisch , TEDH S, 27 Sep. 1990 ; caso Delta, TEDH S, 19 Dic. 1990 ; caso Isgró, TEDH S 19 Feb. 1991 y caso Unterpertinger, TEDH S, 24 Nov. 1986).

Por su parte, esta Sala de casación tradicionalmente ha interpretado que la dispensa que se analiza se fundamenta en el principio de no exigibilidad de una conducta distinta y la necesidad de preservar la solidaridad en los vínculos familiares. En definitiva se reconoce a los testigos un derecho de autogestión de las relaciones familiares y de los conflictos surgidos en su seno. El testigo pariente se encuentra en una pulsión entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad, familiaridad, lealtad y afecto hacia una persona a él ligada por vínculos familiares. La finalidad de la dispensa contenida en el artículo 416 de la LECrim sería, en consecuencia, proteger las relaciones familiares, preservando la paz y la intimidad en las mismas, valores constitucionalmente protegidos en los artículos 18 y 39 CE .

Es evidente que esta cuestión resulta muy relevante en relación a la delincuencia de género, y ,especialmente, en lo que afecta a la víctima del delito.

La jurisprudencia de la Sala ha oscilado a la hora de pronunciarse sobre los efectos que se pudieran derivar de la negativa a declarar con apoyo en la del artículo 416 LECrim , y de los que este silencio proyecta sobre ulteriores comportamientos procesales.

Así las SSTS 1225/2004 de 27 de octubre , 625/2007 de 12 de julio , 160/2010 de 5 de marzo o 288/2012 de 19 de Abril , se inclinaron por dar validez a las declaraciones de la víctima que denunció espontáneamente los hechos para obtener protección, respecto a quien entendieron que no era aplicable la dispensa del artículo 416 LECrim . Otras, como las SSTS 101/2008 de 20 de Febrero de 2008 , 31/2009 de 27 de Enero de 2009 , 629/2009 de 10 de febrero , 160/2010 de 5 de marzo , 459/2010 de 14 de mayo o 1012/2012 de 21 de diciembre , negaron la posibilidad de rescatar las declaraciones inculpativas que en fase de instrucción o en el atestado hubiera prestado la víctima que en el plenario se acogió a la dispensa.

Por ello, y con la finalidad de fijar una doctrina clara en esta materia tan sensible, evitando diversas interpretaciones, y dando al sistema seguridad jurídica -que constituye la principal finalidad de la casación en general y en concreto de la casación penal-, el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala II con fecha 24 de Abril de 2013 determinó el alcance de la dispensa del art. 416 de la LECrim .

www.civil-mercantil.com

El Acuerdo, que ya ha sido aplicado por las SSTS 304/2013 de 26 de Abril , 854/2013 de 30 de Octubre , 449/2015 de 14 de julio , fue el siguiente:

«La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416 LECriminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos, a que se refiere el precepto».

Se exceptúan:

«a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga al efecto.

b) Supuestos en que el testigo está personado como acusación en el proceso».

Como consecuencia de ese acuerdo, y en el aspecto que ahora nos ocupa, si la testigo/víctima se persona en el proceso ejerciendo la acusación particular se sitúa fuera de las personas con derecho a la dispensa, y su status se equipara al de un simple testigo obligado a declarar. Incluso la STS 449/2015 fue más allá y entendió que la pérdida del derecho a acogerse a esa dispensa se perpetuaba aunque después la víctima se hubiera retirado del proceso.

Sexto.

La aplicación de esta doctrina al caso que nos ocupa, en principio nos obligaría a concluir que, en la medida que la víctima de los hechos D^a. Eugenia estaba personada en las actuaciones como acusación particular, había decaído en su derecho a acogerse a la dispensa del artículo 416 LECrim . Sin embargo, tal afirmación exige sus matizaciones, porque dada su minoría de edad (15 años) al momento en que se denunciaron los hechos, la personación la decidió en su nombre su progenitora D^a. Amparo , la hoy recurrente, a quien se hizo, como representante legal de aquella, el ofrecimiento de acciones de los artículos 109 y 110 LECrim .

Esta circunstancia determinó la conveniencia de que al momento de celebrarse el juicio oral, cuando a la testigo le faltaban escasamente nueve meses para alcanzar la mayoría de edad, el Tribunal sentenciador interesara su opinión al respecto. En la primera ocasión en que fue preguntada una vez había alcanzado la suficiente edad y madurez para que su opinión, no solo fuera escuchada sino también atendida, según relató la sentencia de instancia «respondió, firme y categóricamente, que no quería actuar contra su padre ni declarar en el juicio». Es decir, de manera inequívoca mostro su voluntad de no ejercitar acciones penales.

Esta voluntad libremente expresada por la menor víctima, por primera vez desde que alcanzó la suficiente madurez, es indudablemente relevante en relación a la pervivencia de una relación procesal como acusación que se ejercía en su nombre, y ahora contra su voluntad. Precisamente esa voluntad contraria, no solo a declarar respecto a unos hechos que involucraban a su progenitor, sino también a ejercitar contra él cualquier tipo de acción penal, fue la que determinó al Tribunal sentenciador a tener por apartada del proceso a la acusación particular que se actuaba en su nombre, aunque nominalmente encabezada por su madre. Decisión ésta que se sustenta en el mandato legal que obliga no solo a oír a los menores, sino también a tomar en consideración su opinión cuando gozan de madurez necesaria.

Ciertamente, la expulsión de la acusación particular vetó el ejercicio en el proceso de la acción penal y de la civil derivada de la misma, y en consecuencia la posibilidad de practicar la prueba propuesta a su instancia, extremo éste último en el que puso el acento la Fiscal al apoyar parcialmente el recurso. A su criterio, la madre de la testigo se vio privada de la posibilidad de que se practicara su propia declaración como prueba, que considera ahora la



www.civil-mercantil.com

Fiscal que sería relevante y gozaría de mayor proyección que la de simple testigo de referencia sobre algunos extremos que pudo directamente advertir, como el estado de su hija, el del acusado o el de otros miembros de la familia el día que eclosionó el conflicto y salieron a la luz los hechos.

No puede descartarse que la madre de Chaime pudiera aportar datos que directamente hubiera percibido sobre los extremos citados, aunque no en cuanto a unos hechos que no presencié. Es significativo el hecho de que el Fiscal en la instancia no propusiera como prueba su testimonio, por lo que ahora carece de apoyatura para esgrimir una supuesta vulneración de su derecho a la prueba, que tampoco ha pretendido. Y del mismo modo que no puede hablarse de indefensión desde la óptica de la acusación pública, tampoco respecto de quien no es parte en el proceso, y D^a Amparo no lo era en nombre propio, ya que su personación lo fue expresamente como representante de su hija, que fue quien, en uso de su derecho, renunció al ejercicio de la acción penal, con todas las consecuencias inherentes a tal decisión.

Lo que se produjo en este momento fue una discrepancia entre la menor, suficientemente madura para que su opinión fuera tomada en consideración, y su representante legal, que en su caso otorgaba a ésta última la facultad de instar del Tribunal alguna de los pronunciamientos que posibilita el artículo 162CC . No consta que lo hiciera así, limitándose a formular protesta.

En cualquier caso, a la fecha de resolución de este recurso tal cuestión carece de trascendencia, cuando aquella menor, a la que el Tribunal sentenciador reconoció edad y madurez suficiente para tomar en consideración y reconocer efectos jurídicos a su decisión, es desde el pasado 19 de febrero mayor de edad.

También resulta intrascendente por el mismo motivo, cual pueda ser la legislación marroquí sobre en relación al régimen de representación legal de los menores.

El estatuto de parte en el proceso penal se rige por lo establecido en la legislación procesal española, en concreto la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 101 ss) y la Civil (artículos 5 y ss.) como supletoria.

Así, podrán gozar de la condición de parte como acusación particular el ofendido por el delito. El artículo 102 LECrim supedita el ejercicio de la acción penal al pleno goce de los derechos civiles. El déficit de capacidad de los menores de edad se suple con la intervención de sus representantes legales, que actúan en su nombre.

Las facultades de representación de los menores se integran dentro de la denominada responsabilidad parental. Respecto a cual sea su régimen jurídico, tras la reforma operada en el CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio (BOE núm 180 de 29 de julio) que afectó, entre otros aspectos, a algunas de las normas de derecho internacional privado contenidas en el título preliminar, el mismo remite ahora expresamente (artículo 9.4 párrafo segundo CC) a la "ley que determine el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños", ratificado por España en el 2010 (BOE núm 291 de 2 de diciembre de 2010) y en consecuencia, parte de nuestro ordenamiento jurídico desde ese momento (artículo 96.1 CE). Y el citado Convenio, que también fue suscrito por el Reino de Marruecos, país de procedencia de la menor, remite a éstos efectos a "la Ley del Estado de residencia habitual del niño..." (artículo 17). Luego no cae duda que en el actual panorama normativo, también es este aspecto rige la legislación española.

Séptimo.

Por lo demás, una vez la testigo a la que nos venimos refiriendo y su hermano se acogieron a la dispensa del artículo 416 LECrim , como razona la sentencia recurrida en su



www.civil-mercantil.com

fundamento tercero, la prueba sobre los hechos se limitó a la testifical de referencia. La de los dos Mossos d'esquadra que se personaron en el domicilio familiar el día que eclosionó el conflicto, y que pudieron entrevistarse con los miembros de la familia que allí se encontraron y testificar respecto a ello, pero que no aportan dato alguno obtenido por percepción directa sobre unos hechos que no presenciaron, que pudiera ser valorado como prueba de cargo.

Hemos de recordar que el posible vacío probatorio de cargo derivado del legítimo ejercicio de la víctima a no declarar contra su agresor, no puede ser suplido por los testigos de referencia a los que se refiere el artículo 710 LECrim , porque no se trata de un supuesto de inexistencia o imposibilidad de contar con la versión de la víctima, sino del ejercicio por parte de un derecho - STS 129/2009 de 10 de febrero , entre otras muchas-.

En atención a lo expuesto, el recurso se desestima.

Octavo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim la parte recurrente habrá de soportar las costas de esta instancia.

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 D^a. Amparo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 22^a de fecha 22 de mayo de 2016 , en el sumario núm. 20/2015. Confirmando la misma en todos sus extremos. IMPONER las costas de esta instancia a la recurrente D^a. Amparo .

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

Así se acuerda y firma.

D. Julian Sanchez Melgar D. Luciano Varela Castro D. Antonio del Moral Garcia D^a. Ana Maria Ferrer Garcia D. Carlos Granados Perez

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.