



Roj: **STS 5376/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5376**

Id Cendoj: **28079120012023100889**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2023**

Nº de Recurso: **5734/2021**

Nº de Resolución: **929/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 278/2021,**
STSJ CV 3925/2021,
STS 5376/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 929/2023

Fecha de sentencia: 14/12/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5734/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/12/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana

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

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5734/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 929/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 14 de diciembre de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 5734/21 por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por D. Vidal , representado por la procuradora D^a. Laura Oliver Ferrer, bajo la dirección letrada de D^a. Ana Cal Estrela, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 16 de septiembre de 2021 (Rollo Apelación 207/21). Ha sido parte recurrida El Ministerio Fiscal, y D^a Rafaela , representada por la procuradora D^a Susana Fazio López bajo la dirección letrada de D^a María Roberto Ramón, ejerciendo la acusación particular.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 12 de Valencia incoó Procedimiento Abreviado num. 144/2018, y una vez concluso lo remitió a la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Valencia, que con fecha 17 de marzo de 2021, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOSPROBADOS**: "Resulta probado y así se declara que Trinidad , nacida el día NUM000 de 2.002, se hallaba tutelada por la Generalitat Valenciana en el Centro de Acogida Niño Jesús, sito en la CALLE000 n- NUM001 de la ciudad de Valencia desde que fuera declarada en situación de desamparo por resolución administrativa de 4 de octubre de 2.011, centro donde trabajaba como educador Vidal , mayor de edad, y sin antecedentes penales.

Dicha menor, durante determinados periodos de tiempo en el año 2.016 y principios del año 2.017 y como consecuencia de que llegaba tarde al centro, tenía mal comportamiento o no cumplía con la normativa del mismo, era castigada frecuentemente a dormir en una habitación separada, ubicada en el primer piso de la Residencia y alejada varios metros del "hogar" en que pernoctaban el resto de menores acogidos.

En el periodo referido, en fechas que no se han concretado pero entra dos y diez ocasiones, Vidal que desempeñaba el turno de noche en aquella época, acudía a la habitación de la menor cuando esta se hallaba castigada, teniendo la misma dificultad para conciliar el sueño, por sus miedos por lo que reclamaba la presencia del educador e incluso le pedía que le hiciera una masaje pues confiaba en el mismo, procediendo Vidal a masajearle en la zona del cuello y la espalda y, una vez creía, que se hallaba dormida, cogía la mano de la niña y se masturbaba con ella fingiendo Trinidad dormir ante la vergüenza que le producía dicha situación.

El acusado se encuentra en situación de libertad provisional.

El 28 de julio de 2017 por el Juzgado de Instrucción 15 de Valencia fue acordada una prohibición a Vidal de aproximación a menos de 200 metros de Trinidad , así como de comunicar con la misma por un periodo de seis meses.

Vidal consignó el día 11 de febrero de 2.021 la suma de 6.000 euros en concepto de responsabilidad civil".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "QUE DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Don Vidal como responsable en concepto de autor, de un delito continuado de abuso sexual, con prevalimiento, a menor de 16 años, previsto y penado en el artículo 183.1 y 4 d), en relación con el artículo 74 del Código Penal, consumado y con la circunstancia atenuante simple de reparación del daño del artículo 21.5^a del Código Penal, A LA PENA DE CINCO AÑOS DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como a la imposición al mismo de la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de Trinidad , a su domicilio o a cualquier otro en el que se encuentre, así como a la prohibición de comunicarse con ella por tiempo de diez años.

Se impone igualmente al acusado la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto con menores durante un plazo de 10 años, así como la medida de libertad vigilada por tiempo de 5 años en relación con el artículo 108.1 j del Código Penal, con obligación de participar en cursos formativos de educación sexual.

En concepto de Responsabilidad civil Vidal deberá indemnizar a Trinidad en la cantidad de 6.000 euros con el interés legal correspondiente.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y demás partes personadas en el procedimiento, así como a los perjudicados por el delito, aun cuando no estuvieren personados en el mismo.

Contra la presente resolución cabe RECURSO DE APELACIÓN ante la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, en el plazo de DIEZ DIAS siguientes contados a partir de la



última notificación, en cualquiera de las modalidades establecidas en la Ley, mediante escrito con firma de Abogado y Procurador".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D. Vidal, dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con fecha 16 de septiembre de 2021 y cuya parte dispositiva es la siguiente: "PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a LAURA OLIVER FERRER, en nombre y representación de D. Vidal .

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia a que al presente rollo se refiere, imponiendo, de existir, el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución.

A efectos del cómputo del indicado plazo se hace saber expresamente a las partes que la presente sentencia se notificará exclusivamente a los representantes procesales de las partes, al estimar que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (autos de 18/7/2017, Queja 20011/17, de 22/02/2018, Queja 20919/2017, de 23/05/2019, Queja 20090/2019, de 17/10/2019, Queja 2024112019, de 11/04/2019, Queja 21145/2018, de 22/10/2020, Queja 20407/2020) no se requiere la notificación personal a sus representados".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por la representación de D. Vidal, 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.

QUINTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º y 2º.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y al derecho a un proceso con todas las garantías sin que pueda producirse indefensión.

3º.- Al amparo del artículo 852 LECRIM, por haberse lesionado el derecho a un proceso con todas las garantías al denegarse, con una irracional e ilógica motivación, gran parte de la prueba de descargo propuesta.

4º.- Por Vulneración de los artículos 24.1 y 2 de la CE, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y 852 LECrim, en lo concerniente al derecho del recurrente a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, y todo ello por cuanto no existen elementos probatorios suficientes que permitan articular un pronunciamiento condenatorio.

5º.- Al amparo del artículo 849 LECRIM por inaplicación indebida del artículo 21. 6ª del CP.

6º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM por inaplicación indebida del artículo 2 5º en relación con el artículo 66.2 del CP, atenuante muy cualificada de reparación del daño.

7º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación de la agravante de prevalimiento, ex artículo 183.4 d) del CP.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes del recurso interpuesto, interesaron su inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo. La Sala admitió lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Con la entrada en vigor de LO 10/22, de 6 de septiembre, se acordó por Diligencia de Ordenación en fecha 12 de enero de 2023 dar traslado al recurrente para alegaciones, manifestando que la nueva Ley no puede considerarse más favorable para el reo. Con fecha 24 de febrero de 2023 se dio traslado para alegaciones a las demás partes. Por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular se informó en el mismo sentido.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 13 de diciembre de 2023. Concluida la deliberación, se acordó adelantar el fallo de esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Vidal formaliza este recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia de 16 de septiembre de 2021,



confirmatoria de la de 17 de marzo de 2021 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, que le condenó como autor de un delito continuado de abuso sexual a menor.

1. Comenzaremos por abordar conjuntamente los dos primeros motivos de recurso que, invocando los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ, denuncian vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa, y al derecho a un proceso con todas las garantías sin que pueda producirse indefensión (el primero); al proceso debido y a un juez imparcial, y por vulneración del principio de unidad del juicio oral, ex artículo 744 LECRIM (el segundo).

El análisis de los motivos planteados nos impone un breve repaso de las incidencias procesales acaecidas. Celebrado un inicial juicio ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, esta dictó sentencia en fecha 28 de noviembre de 2019, por la que condenó al ahora recurrente como autor de un delito de abuso sexual continuado a menor de 16 años. Contra tal resolución, aquel interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que en fecha 22 de junio de 2020 dictó sentencia estimando el recurso interpuesto en el sentido de declarar la nulidad parcial de la sentencia recurrida y del juicio en la instancia "en los particulares que puedan verse afectados por las pruebas que, a valorar con libertad de criterio, no pudieron practicarse en la instancia y en los términos que se derivan de los anteriores fundamentos de derecho. Se salva la validez del resto de actuaciones procesales no afectadas por ese desconocimiento de prueba".

Según explicaba en sus fundamentos jurídicos, sin despreciar que lo habitual en los casos en los que se aprecia una vulneración del derecho a la prueba es la nulidad total, se decantó en aquel caso el Tribunal de apelación por la nulidad parcial al entender que concurrían razones excepcionales que así lo justificaban. Razones que se condesaban en el riesgo de victimización secundaria de la menor involucrada en los hechos. Riesgo sustentado no solo en la naturaleza de los hechos, sino también en la especial penosidad a que se vio expuesta la testigo dadas las condiciones en las que había sido conducida ante la Audiencia por fuerzas policiales que la mantuvieron engrillada mientras esperaba para acceder a la Sala.

La razón de la nulidad fue entender que el acusado vio mermadas sus posibilidades de defensa al no poder proponer como prueba en la instancia dos informes exculpativos que conformaban una investigación reservada ordenada por la Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Comunidad Valenciana que, al parecer, ni él y su defensa conocían, ni en consecuencia, tampoco pudieron solicitar la declaración como testigos y peritos de quienes participaron en los mismos. En concreto se refería al informe de 22 de noviembre de 2017 emitido por la instructora de la información reservada incoada a instancias de la Dirección Territorial de la mencionada Consejería "para determinar la certeza de las declaraciones formuladas por la adolescente Rafaela en las que acusa a un educador del Centro de Acogida de Menores "Niño Jesús" de posibles abusos", es decir los hechos objeto del proceso penal; y al informe que en el contexto de la misma actuación emitió el 7 de noviembre de 2017 el Servicio de Atención Psicológica a Menores Víctimas de Abusos Sexuales y Menores Perpetradores de la Comunidad Valenciana, en aquel momento gestionado por el Instituto DIRECCION000. Informes que negaban credibilidad al testimonio de la joven que intervino en el proceso como víctima de los hechos, en contradicción con el que había elaborado la Dra. Reyes del Instituto de Medicina Legal, que por el contrario había calificado tal testimonio como creíble. Y concretó la sentencia al acordar la nulidad parcial "No será necesario desplegar más actividad probatoria que la desconocida y, en su caso, la pericial conjunta incluso de quienes informaron antes sobre la credibilidad de la menor y, por supuesto, la declaración del acusado, siempre procedente".

A consecuencia de dicha nulidad parcial se celebró nuevo juicio en el que como pruebas se incorporaron los citados informes, se recibió declaración de D^a Sonia, psicóloga del Centro Niño Jesús, donde habrían tenido lugar los hechos; a D^a María Virtudes, instructora del expediente informativo mencionado, que suscribió el informe de fecha de 22 de noviembre de 2017, que concluía "De la documentación contenida en el expediente de protección de la menor, de las testificales y del Informe del Servicio de Atención Psicológica a Menores Víctimas de Abusos sexuales y Menores Perpetradores de la Comunidad Valenciana, esta instructora considera que el testimonio de la adolescente no es creíble y, por ello, no existen pruebas que evidencien la comisión de abusos sexuales sobre la menor por la persona afectada, a pesar de las manifestaciones vertidas por la misma y que han sido el motivo de la incoación del presente expediente informativo". También se practicó conjuntamente la pericial de D^a Apolonia, autora del informe fechado el 7 de noviembre de 2017 del Servicio de Atención Psicológica a Menores Víctimas de Abusos Sexuales y Menores Perpetradores de la Comunidad Valenciana, a través del Instituto DIRECCION000, que calificó el testimonio de la menor como poco creíble, y la de la ya citada Sra. Reyes, adscrita al Instituto de Medicina Legal la Comunidad Valenciana, que ratificó el informe en su día presentado, confrontando ambas profesionales sus pareceres. También prestó nueva declaración el acusado.

Tras este juicio se dictó la sentencia revisada apelación por la que ahora se recurre.



2. Plantea el recurrente las mismas cuestiones que incorporó al recurso de apelación que precedió al que ahora nos ocupa.

Insiste en que la nulidad parcial acordada en su día por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su sentencia de 22 de junio de 2020, que no pudo en su momento combatir en casación por imperativo del artículo 847.2 LECRIM, le ha generado indefensión pues la práctica de las nuevas pruebas afectaba a la valoración de las ya practicadas, y muy especialmente a la declaración de la testigo que intervino en el proceso en el rol de víctima, dado que dichos informes negaban su credibilidad y, en consecuencia, la misma existencia de los abusos. En concreto alega que no pudo preguntar a la joven y a los demás testigos que declararon en el primer juicio sobre las manifestaciones realizadas por aquella a los peritos que evacuaron dichos informes.

Denuncia también el recurso vulneración del derecho a un Juez imparcial, por falta de imparcialidad objetiva del Tribunal que enjuició los hechos, dado que el nuevo juicio se celebraría ante los mismos Magistrados que habían dictado una sentencia de condena contra el acusado y por tanto tenían la férrea convicción de su culpabilidad. Así como la vulneración del principio de unidad de acto en el juicio oral, pues el juicio volvió a celebrarse solo para las pruebas nuevas, con validez de las ya practicadas, que hacía más de un año que habían tenido lugar, perdiéndose de esta manera toda intermediación sobre la prueba practicada.

En conclusión, entiende en ambos motivos que la nulidad parcial no procedía, y que en su lugar debería haberse acordado la nulidad de la totalidad del juicio, con repetición íntegra de la prueba, y con distinto Tribunal.

3. La sentencia recurrida da respuesta a las cuestiones que el recurrente ahora reproduce. Pese a que el recurso considera que no profundiza en las misma, no podía hacer otra cosa, en cuanto que su posición como órgano de apelación le obligaba por elementales razones vinculadas al principio de seguridad jurídica, a no cuestionar, lo compartiera o no, así lo explica, el pronunciamiento de la previa sentencia de apelación que acordó la nulidad parcial.

La nulidad parcial del juicio es una decisión delicada. Lo pone de relieve la STS 48/2014, de 27 de enero, que sirvió de marco jurisprudencial a la decisión adoptada por la Sala de apelación del TSJ de la Comunidad Valencia en su sentencia de 22 de junio de 2020. No está específicamente prevista, pero tampoco excluida por la Ley Procesal vigente. Cuenta con soporte legal en el artículo 243.1 LOPJ como vehículo del clásico principio procesal de conservación de los actos procesales, una de cuyas vertientes se proyecta en el mencionado precepto en cuanto proclama que la nulidad de un acto no puede afectar a la de los demás que hubiesen permanecido inalterados en cuanto no afectados por la irregularidad determinante de la nulidad.

Sin embargo, no deja de entrañar algunos riesgos, lo que reclama una especial cautela en su aplicación. Puede romper el principio de unidad de acto del artículo 744 LECRIM, lo que, con todo, no es el mayor de los problemas. No faltan supuestos en la Ley procesal que admiten paralizaciones más o menos prolongadas del juicio oral, conservando su validez lo actuado (artículos 746, 749 o 788 LECRIM). Como resaltó la STS 48/2014, "El principio de unidad del juicio oral es instrumental: no es un dogma. No le faltan excepciones en la propia ley. La formación de piezas separadas en el procedimiento abreviado o, singularmente, la posibilidad de que en apelación se practique prueba son algunos supuestos en que la ley consiente la ruptura de esa unidad."

Tampoco podemos entender que quiebre el principio de intermediación. Tanto la prueba que perdura, como la de nueva, se llevan a cabo a presencia del mismo Tribunal, y los modernos medios de reproducción videográfica del juicio oral facilitan poder recordar la misma. Cada vez son más los juicios cuya envergadura da lugar a celebraciones que se prolongan durante muchos meses, en los que el alejamiento temporal del tribunal con algunas de las pruebas puede superar el que se produce en casos de nulidad parcial.

Lo relevante es que la nulidad parcial no viole ningún principio esencial del procedimiento y no exista el más mínimo riesgo de indefensión o merma de alguna garantía. Desde esa óptica no plantea especiales problemas cuando se proyecta sobre extremos que adquieren dentro del proceso individualidad suficiente, bien porque afectan a uno solo de los enjuiciados, o a un aspecto con sustantividad independiente dentro del pronunciamiento, como por ejemplo el concerniente a la responsabilidad civil -es el caso de la resolución recientemente confirmada por la STS 533/2023, de 29 de junio-. En esta línea se ha admitido también la nulidad parcial para completar el cuadro probatorio, cuando la nueva prueba a practicar solo podría repercutir en el grado de culpabilidad del condenado, pero no en el enjuiciamiento de los hechos y determinación de su participación. Ese es el caso de la sentencia que inspiró la decisión anulatoria alcanzada por el Tribunal Superior de Justicia Valenciano en la sentencia de fecha 22 de junio de 2020, la STS 48/2014, así como otras posteriores dictadas en el marco de recursos de revisión, como las STS 681/2021 de 13 de septiembre o 338/2022, de 31 de marzo. En todos los casos la nueva prueba a practicar habría de estar orientada a la acreditación de una hipotética circunstancia de atenuación o exención.



La nulidad parcial entraña especial dificultad cuando incide sobre un elemento probatorio estrechamente vinculado a otros. Es decir, cuando esa anulación parcial rompe el marco unitario de valoración probatoria. Así se ha descartado con carácter genérico cuando se trate de prueba que afecte a los mismos hechos. En palabras que tomamos de la STS 277/2018, de 8 de junio: "cuando se trata de juzgar los mismos hechos el principio de concentración impediría que se celebrase un nuevo juicio para repetir solo una parte de la prueba cuando ya se practicó otra referida a esos mismos hechos. Si la nulidad afecta a una infracción y deja sin juzgar unos hechos toda la prueba relativa a esos hechos, tanto la indebidamente denegada como la practicada, debe volver a desplegarse en unidad de acto. No cabe anular solo para repetir parte de la prueba excluyendo otra sobre el mismo *thema decidendi*".

4. No le falta razón al recurrente cuando señala que este caso es distinto del previsto en la ya citada STS 48/2014, de 27 de enero. Lo es porque la nueva prueba a practicar de alguna manera estaba orientada a incidir en el juicio valorativo de la que integraba la principal prueba de cargo, la declaración testifical de la joven que intervino en el proceso como víctima de los hechos objeto del mismo. Es decir, la adolescente que el ahora recurrente, según la acusación, habría instrumentalizado para masturbarse, creyéndola dormida. Ahora bien, la cuestión radica en determinar si la medida afectó a las garantías del proceso de manera irremediable, y si, en su caso, la eventual afectación pudo estar justificada en la entidad del riesgo que con ella se trató de enervar, lo que reclama una especial ponderación de intereses en juego.

En este caso se optó por la nulidad parcial manteniendo la validez de las pruebas ya practicadas con el fin de evitar la victimización secundaria de la testigo menor de edad. Una joven a la que faltaba el soporte emocional de una convivencia familiar estructurada, con un historial plagado de desafecciones que condujeron a su institucionalización en distintos centros. De esta manera se trató de evitar que hubiera de someterse de nuevo al trance de tener que comparecer a juicio para desvelar aspectos atinentes a su intimidad, con el precedente de lo ocurrido cuando hubo de hacerlo en el juicio inicial al que fue conducida por la policía al encontrarse en ese momento ingresada en un centro de menores.

En el juego de ponderaciones se tomó también en consideración la naturaleza de las nuevas pruebas a practicar: informes de credibilidad. Este tipo de pericias consisten en la emisión de pareceres técnicos por parte de quienes tienen una especial preparación para ello, sobre datos obtenidos a través de la exploración del menor y analizados a partir de sus propios conocimientos empíricos y el auxilio de las técnicas propias de su disciplina. Más que prueba en sí misma operan como instrumento que facilita al Tribunal la interpretación de la que tiene tal carácter, la declaración que la víctima prestó en juicio, a presencia de las partes, con sometimiento a un interrogatorio contradictorio, y que el Tribunal sentenciador pudo percibir directamente desde el privilegio de la inmediatez.

Se trata de pericias que adquieren una especial relevancia ante el testimonio de menores de muy corta edad, o personas con capacidades especiales. En definitiva, ante testigos con dificultades de comunicación, o limitaciones en el recuerdo, en su capacidad de entendimiento y asimilación de determinados comportamientos y vulnerables a la sugestión, que pierden fuste a medida que los testigos se acercan a la plenitud de facultades. Así ocurre en este caso en el que la testigo, aunque menor de edad, contaba ya 17 años cuando fue sometida a interrogatorio contradictorio en el acto del juicio, y a la que los distintos peritos reconocen un desarrollo físico y psíquico acorde con su edad, sin apreciar afectaciones a su capacidad de conocimiento, ni limitaciones de expresión o comprensión.

La necesidad de respetar adecuadamente los derechos del acusado en el proceso emerge como prioritaria, porque la justicia penal no puede obtenerse a cualquier precio. Por relevante que sea el bien jurídico que pretenda tutelarse, en ningún caso puede justificarse el prescindir de las garantías fundamentales del derecho de defensa, que constituyen las bases esenciales de nuestro sistema jurídico. Garantías que deben convivir en adecuada ponderación de intereses, con medidas y actuaciones encaminadas a dispensar protección a quienes acceden al proceso en condición de las víctimas. Especialmente cuando se trata de menores y, en cualquier caso, cuando lo son en relación a los aspectos más íntimos de su personalidad, como los relativos a la libertad sexual.

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituye a la anterior Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, invita a que el número de declaraciones de la víctima sea el menor posible, el estrictamente necesario. El artículo 22 recuerda la especial sensibilidad que ha de presidir el trato procesal de víctimas de violencia sexual y menores de edad.

Más específico es el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 25 de octubre de 2007, hecho en Lanzarote (BOE de 12 de noviembre de 2010; ratificado por España el 22 de julio de 2010), cuyo artículo 35 exige que el número de declaraciones del menor sea el



indispensable, el estrictamente imprescindible. Se proclama también la conveniencia de establecer la validez de la grabación de esas declaraciones como medio de prueba.

En el plano nacional, la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, que entró en vigor en los últimos días del mes de octubre del pasado año 2015, y recogió las pautas marcadas sobre la materia por la normativa europea, incluyó dentro del catálogo de medias de protección a quienes intervienen en el proceso en tal concepto, que se les reciba declaración el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario (artículo 21 b).

Tales indicadores, en conexión inescindible con la naturaleza de las nuevas pruebas que en este caso determinaron la nulidad - que la parte identificó como de nuevo conocimiento-, que con anterioridad no intentaron ser introducidas en el procedimiento, avalan la excepcionalidad que la medida adoptada requiere. Medida que sí afectó al principio de unidad de acto, pero, como ya hemos dicho, éste goza de un carácter instrumental y su sacrificio, en este caso no irrogó ningún tipo de indefensión a la parte.

El principio de igualdad de armas a través de una defensa contradictoria quedó garantizada. Aun pese a la nulidad parcial acordada y el consecuente mantenimiento de parte de la prueba en su día practicada, que lo fue en inobjetable condiciones de contradicción e igualdad, la nueva pericia sobre credibilidad del testimonio que se practicó, la de D^a Apolonia , lo fue en unidad de acto con la que ya había sido incorporada en el procedimiento, la de la perito Sra. Reyes , que a tal efecto repitió su intervención. De esta manera las exigencias del contradictorio quedaron salvaguardadas.

La indefensión que se alega por no haberse podido examinar a la víctima y a los otros testigos que ya habían declarado en el juicio oral sobre las manifestaciones que la víctima había realizado a la autoras de los nuevos informes periciales, no constituye en ningún caso una indefensión material, dado que dichas manifestaciones no difieren ni se apartan del núcleo esencial de la declaración de la menor en el juicio oral sobre los hechos que se declaran probados, y, por ejemplo, en lo que afecta a la declaración de la directora del centro Niño Jesús donde la niña estaba acogida, D^a. Fátima , porque, según ella misma declaró, no preguntó expresamente a la joven sobre los hechos que se enjuician para no inducir sus manifestaciones.

5. Por último, nos resta por analizar la cuestionada por el recurso imparcialidad del Tribunal.

Alega el recurrente que haber dictado ya una sentencia condenatoria evidencia un contacto con el proceso que implica un compromiso demasiado intenso como para impedir un prejuicio a la hora del nuevo enjuiciamiento, o por lo menos que se satisfagan las exigencias de apariencia que se requieren en el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

El derecho a la imparcialidad judicial constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, que condiciona su existencia misma. Sin Juez imparcial no hay propiamente proceso jurisdiccional. No es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad, como tercero no condicionado por ningún prejuicio, bien sea derivado de su contacto anterior con el objeto del proceso o bien de su relación con las partes. Por ello, la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), en el 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal. Así lo ha proclamado el Tribunal Constitucional, entre otras en la STC 133/2014 de 22 de julio según la cual "el reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial".

La necesidad de que el Juez se mantenga alejado de los intereses en litigio y de las partes "supone, de un lado, que el juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y, de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra" (STC 38/2003 de 27 de febrero).

A esos efectos la doctrina constitucional distingue entre la imparcialidad subjetiva y la objetiva. La primera garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, y en ella se integran todas las dudas que deriven de sus conexiones con aquellas. La imparcialidad, como garantía constitucional en esta vertiente subjetiva, se encuentra dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Como afirmó la STC 60/2008 de 26 de mayo "esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho.



En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra".

La imparcialidad objetiva se proyecta sobre el objeto del proceso, y asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él (SSTC 47/2011 de 12 de abril, FJ 9; 60/2008 de 26 de mayo, FJ 3; o 26/2007 de 12 de febrero, FJ 4). Desde esta perspectiva el derecho al juez imparcial se dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (STC 36/2008 de 25 de febrero, FJ 2).

El Juez no sólo ha de ser, sino también parecer, alguien que no tenga respecto a la cuestión concreta sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna idea preconcebida ni ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad. Incluso las apariencias pueden tener importancia, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso (STEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso De Cuber, y STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt). No cualquier apariencia, desde luego, sino solo cuando pueda hacer surgir dudas objetivamente justificadas.

El TEDH se ha referido al punto de vista del acusado respecto de la imparcialidad del Tribunal, para decir que, aunque su visión de la cuestión es importante, no es sin embargo decisiva. Mayor importancia ha concedido al hecho de que sus sospechas puedan valorarse como objetivamente justificadas. (Entre otras en la STEDH de 25 septiembre 2001, Caso Kizilöz; en la STEDH de 25 julio 2002, Caso Perote Pellón; en la STEDH de 17 de junio de 2003, Caso Pescador Valero; o en la STEDH de 6 de noviembre de 2018, asunto Otegui Mondragón).

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional para el que no basta que las dudas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de la parte, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, STC 47/2011 de 12 de abril). Se hace necesario revisar las circunstancias del caso, en tanto que "la imparcialidad del Juez no puede examinarse *in abstracto*, sino que hay que determinar, caso por caso,...". (STC 60/1995 de 16 de marzo, que acomoda la interpretación del mencionado derecho a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

6. Ciertamente la parte ha utilizado todos los resortes a su alcance para denunciar la falta de imparcialidad en la que ahora insiste. Una vez le fue notificada la primera de las sentencias dictadas por el TSJ, la que acordó la nulidad (irrecurrible en casación), instó incidente de nulidad, que no fue admitido. Posteriormente recusó a los componentes del Tribunal de instancia, que igualmente rechazaron la recusación; volvió a plantear como cuestión previa la falta de imparcialidad, que igualmente fue rechazada; y lo ha vuelto a denunciar en el recurso de apelación que precedió al que ahora nos ocupa. No se le puede reprochar pasividad en la denuncia. No obstante la queja no puede prosperar.

Proyectado el análisis sobre el caso concreto, prescindiendo de generalidades, el dictado de una primera sentencia en la que se otorgó credibilidad a la testigo no es suficiente para entender quebrada la imparcialidad en ninguna de sus vertientes, en atención al conjunto de la actividad probatoria desarrollada. La razonable motivación probatoria lo pone de relieve.

El que el Tribunal estuviera en condiciones de rechazar las cuestiones previas que se plantearon al comienzo de la nueva vista sin necesidad de habilitar un específico trámite de deliberación, no es exponente de una previa toma de postura. Es normal que los tribunales colegiados tengan consensuadas prácticas para la resolución de las cuestiones que surgen a lo largo de los procesos. Lo contrario implicaría que cada vez que en un juicio ante un tribunal colegiado surgiera una incidencia, sería necesaria la suspensión momentánea. En este caso, las cuestiones previas que la defensa del recurrente planteó al inicio del juicio, según las sintetiza la sentencia de la Audiencia, eran esperables a la vista de la estrategia procesal que la parte había desarrollado desde que la Sala de apelación anulara parcialmente el juicio, pues incidían mayoritariamente en reproducir la proposición de prueba que ya había sido denegada a la que añadía una documental, o en denunciar de nuevo la pérdida de imparcialidad del Tribunal, al que previamente había recusado. Por otra parte, el pronunciamiento sobre el orden de la prueba, con independencia de que los miembros de la Sala puedan tener ya un criterio genérico sobre tal cuestión, así lo especifica la sentencia en relación a otros precedentes, se encuadra dentro de las facultades de la Presidencia del Tribunal (artículo 701 último párrafo LECRIM).

La única cuestión que podría generar debate es la concerniente a la admisión de la consignación, y ésta la postpuso el Tribunal al momento de la sentencia; o la admisión de los documentos que, según el recurso aclara en el siguiente motivo, se propusieron *ex novo* -el cuadrante de fugas de la testigo y unos artículos la de perito



Sr. Reyes - que desbordaban el acotamiento que en cuanto a las pruebas a practicar y el objeto de las nuevas sesiones del juicio había adoptado el Tribunal, a partir de la sentencia anulatoria del Tribunal de apelación. Que a la vista del fallo anulatorio que dejaba abiertas algunas posibilidades en torno a la prueba a practicar, el Tribunal afectado por el mismo tenga fijado un criterio en tal sentido, en ningún caso sugiere pérdida de imparcialidad, sino necesaria ordenación del proceso.

La nulidad parcial es equiparable a la continuidad de un mismo enjuiciamiento, que en este caso no vino determinada por una prueba que el Tribunal hubiera despreciado o inadmitido, y sobre la que ya se hubiera podido formar un juicio, sino sobre unos medios probatorios absolutamente novedosos, que confluyen con un importante bagaje probatorio, y que por su peculiar naturaleza -un expediente administrativo interno que incluye valoraciones extraprocesales sobre credibilidad- cuentan con una eficacia probatoria residual. No hay motivos para sostener que la garantía de imparcialidad del Tribunal se viera mermada. Encontramos precedentes que son parangonables, en los que el reenvió se ha efectuado al mismo tribunal. Aquellos en que declaramos en casación la valorabilidad de una prueba que el Tribunal de instancia indebidamente excluyó. Sirvan de ejemplo las STS 40/2013, de 22 de enero, o más recientemente la STS 742/2022, de 20 de julio y STS 238/2023 de 30 de marzo.

Los motivos conjuntamente analizados se desestiman.

SEGUNDO.- El tercer motivo de recurso se formaliza al amparo del artículo 852 LECRIM y se enuncia como "quebrantamiento de forma por haberse lesionado el derecho a un proceso con todas las garantías al denegarse, con una irracional e ilógica motivación, gran parte de la prueba de descargo propuesta".

El recurrente alega que le fueron denegadas por la Audiencia Provincial de forma arbitraria y causando indefensión la práctica pruebas que propuso la mayoría con anterioridad al juicio, que reprodujo y amplió en el trámite de cuestiones previas, y de nuevo en el trámite abierto al amparo del artículo 788.4 LECRIM ante la modificación de conclusiones por parte del Fiscal.

La mayoría de tales diligencias eran reproducción de las ya practicadas en las iniciales sesiones del plenario que resultaron validadas, tales como las declaraciones de la menor afectada por los hechos, a la fecha de la nueva proposición ya mayor de edad; la testifical Laura , técnico del comité anti-sida y a quien en su día aquella relató los hechos; y de D^a. Fátima , directora del Centro Niño Jesús donde se desarrollaron. Propuso también una nueva pericial psicológica de parte, a realizar por D. Hugo y Mariana , y de nuevo la documental de los cuadrantes de las fugas de la adolescente involucrada como víctima del centro de menores y documental de artículos de Psicología escritos por D^a Mercedes , perito del Instituto de Medicina Legal y autora del inicial informe de credibilidad. Entiende que todas ellas son pertinentes y necesarias al punto de aclarar cuestiones suscitadas al hilo de la incorporación como prueba del expediente reservado, cuya aparición provocó la nulidad acordada.

1. En la sentencia 625/2023, de 19 de julio, con cita entre otros precedentes, condensamos la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala de casación acerca del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Y decíamos que en la STS 253/2016, de 31 de marzo, resumíamos la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE) en los siguientes términos (STC 86/2008, de 21 de julio y STC 80/2011, de 6 de junio):

a) Constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho. De tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, SSTC 133/2003 de 30 de junio).

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o suponga una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.



d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental el Tribunal Constitucional ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero y 70/2002, de 3 de abril); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (SSTC 133/2003, de 30 de junio; 359/2006, de 18 de diciembre; y 77/2007, de 16 de abril).

f) Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000, de 14 de febrero; 19/2001, de 29 de enero; 73/2001, de 26 de marzo; 4/2005, de 17 de enero; 308/2005, de 12 de diciembre; 42/2007, de 26 de febrero; y 174/2008, de 22 de diciembre).

2. También esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución (SSTS, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de octubre de 1995), y ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.

En esta línea se han establecido una serie de requisitos formales y materiales para que este motivo pueda prosperar, que sintetizaron entre otras las SSTS 351/2016, de 26 de abril; 498/2016, de 9 de junio; 28/2018, de 18 de enero; 614/2019, de 11 de diciembre; o la 658/2021, de 3 de septiembre. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, patentizando así su oposición a la denegación a efectos de ulterior recurso. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después el de apelación y esta Sala, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de manera que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone; ha de ser necesaria, es decir, tener utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión; y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica. Todos estos aspectos han de ser acreditados por el recurrente cuando alega en vía de recurso la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa.

Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas tal como aparecían en el momento de admitir o denegar las pruebas, sino también las demás pruebas ya practicadas en el juicio oral y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción



de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

Como dijo, entre otras, la Sentencia de esta Sala 505/2012, de 19 de junio, la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles e indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal en orden a evitar cualquier supuesto que pudiese generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba. Por su parte, la STS 948/2013, de 10 de diciembre, recordaba que a los efectos de esta revisión es determinante que la parte recurrente argumente de modo convincente que la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia, es decir, que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo (SSTC 73/2001, de 26 de marzo; 168/2002, de 30 de septiembre; y 71/2003, de 9 de abril, entre otras).

3. En este caso la cuestión ya fue planteada ante el Tribunal de apelación que avaló la decisión de inadmisión de las pruebas aludidas.

En general despreció cualquier vulneración del derecho a la prueba en la denegación de aquellas que solo eran repetición de las ya realizadas. Entre ellas la de la única testigo presencial, es decir la que intervino en el proceso en el papel de víctima, a la que precisamente la nulidad parcial quiso preservar de sufrir victimización secundaria. La adolescente declaró en su momento a presencia del Tribunal y de las partes, vertiendo un testimonio valorado como persistente en lo que afecta a la base nuclear de los hechos. Realmente se pretenden aclaraciones en torno a las apreciaciones que sobre sus manifestaciones obtuvieron otros, lo que ni es pertinente, ni dado el tiempo transcurrido y la cantidad de veces en las que la en su momento menor se ha visto obligada a reproducir su versión, tampoco útil.

En la misma línea tampoco es útil reproducir la declaración de la Directora del Centro de menores y la trabajadora del comité anti-sida, que igualmente habían declarado en la causa, y quienes carecen de conocimiento directo de los hechos. Ni la documental que se pretendió aportar. El cuadrante de fugas de la menor y horarios del acusado bien pudo incorporarse con anterioridad, y tampoco se perfilan como necesarios cuando los hechos se mueven en una indeterminación de fechas, y el propio acusado admitió haber acompañado a la joven en el lugar y la situación que esta describe como marco de los hechos.

Respecto al artículo publicado por la perito Sra. Reyes junto a otras compañeras en una revista especializada, no es pertinente porque, como destacó la sentencia recurrida "ninguna relación guarda con los hechos", a lo que podemos ahora añadir que el contenido de un artículo científico no puede extrapolarse de su contexto, de ahí que el hecho de que en tal publicación, tal y como afirma el recurso, se dijera que los informes psicológicos practicados en fases tardías del procedimiento carecen de base científica y no son fiables, no tiene potencialidad para desvirtuar las conclusiones periciales que aquella plasmo en el informe que realizó cuando le fue solicitado. Una cosa son las condiciones óptimas para acometer un informe de ese tipo, y otra las posibles. En cualquier caso, la perito Sra. Reyes reprodujo su dictamen en las nuevas sesiones de juicio, conjuntamente con la perito del centro Esplill, de manera que la parte tuvo oportunidad de introducir en el debate contradictorio las dudas que la cuestión pudiera suscitarle.

Los criterios expuestos son válidos igualmente para avalar la denegación probatoria en el trámite del artículo 788.4 LECRIM, respecto a las pruebas cuya propuesta se reprodujo: la declaración de la principal testigo y los cuadrantes de fugas y horarios. La nueva pericial propuesta se descartó por impertinente, opinión en la que coincidimos, por los mismos argumentos de la sentencia recurrida "es de todo punto impertinente desde el momento que actualmente es ya mayor de edad, obrando ya dos informes periciales sobre el particular". En cualquier caso, no está de más destacar que la oportunidad de proponer prueba que faculta el artículo 788.4 LECRIM no abre un cauce para reproducir pretensiones probatorias previamente denegadas ni que afecten a los hechos objeto de acusación en su conjunto. La pertinencia en este caso vendrá de la mano precisamente de la modificación agravatoria introducida por las acusaciones, a la que deberá ceñirse.

El motivo se desestima.

TERCERO. El cuarto motivo de recurso invoca los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ para denunciar infracción de la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia del artículo 24 1 y 2 CE.

Denuncia el recurso la insuficiencia de la prueba que se ha tomado en consideración para sustentar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida y sobre el mismo la culpabilidad del acusado- la declaración de la tantas veces citada adolescente que intervino en el juicio como víctima de los hechos-. Entiende que tal declaración se encuentra plagada de contradicciones e imprecisiones que fisuran su valor probatorio, a



la vez que cuestiona el potencial corroborador que la Sala sentenciadora tomo en consideración. Tacha de arbitraria e incompleta la motivación de la sentencia recurrida en cuanto a la prueba de cargo porque entiende que simplemente reproduce la argumentación de la sentencia de instancia, sin valorar la versión de descargo aportada por la defensa del acusado.

1. Cuando de recurso de casación contra sentencias dictadas en segunda instancia se trata, viene recordando este Tribunal que, tras la reforma operada por Ley 41/2015, varió sustancialmente el régimen de este recurso, porque lo que se ha de impugnar es esa sentencia de segunda instancia, esto es, la que resuelve el recurso de apelación, que es frente a la que deberá mostrar su discrepancia quien recurra.

Por esta razón, no debe consistir el recurso de casación en una reiteración del contenido del previo recurso de apelación, porque esto supone convertir la casación en una nueva apelación. Ni tampoco en plantear cuestiones nuevas no introducidas en la apelación, porque, al no haber sido discutidas con ocasión de ésta, se trata de cuestiones ya consentidas.

El recurso de casación ha de entablar, pues, un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia.

La delimitación del alcance de la impugnación casacional y del control realizado a través de la misma cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no puede obviar que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. De esta manera, la comprobación que corresponde al Tribunal Supremo se concreta en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la licitud, la regularidad y la suficiencia de las pruebas. En definitiva nuestra revisión se centra en comprobar si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma motivada y racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos. (entre otras SSTs 847/2013 de 11 de noviembre, 163/2017 de 14 de marzo, 741/2017 de 16 de noviembre, o la 490/2019 de 16 de octubre, entre otras.) Racionalidad en la motivación, que excluye igualmente vulneración de la garantía de tutela judicial efectiva.

2. Y desde tales parámetros hemos de abordar la queja que el motivo desarrolla.

Las alegaciones del recurrente sobre vulneración del derecho a la presunción de inocencia y arbitraria valoración de la prueba fueron rechazadas motivadamente por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Valenciana al desestimar el recurso de apelación, de forma extensa y pormenorizada en los Fundamentos Tercero a Octavo de la sentencia recurrida.

A lo largo de su desarrollo argumental examinó las pruebas practicadas, que confrontó con las alegaciones del recurrente, por lo que el alegado déficit de motivación queda descartado.

La Sala de apelación explora la declaración testifical de la joven identificada como víctima, a través del triple prisma de ponderación que de manera reiterada ha fijado la jurisprudencia de esta Sala, que la misma invoca, y confirma como racional el criterio valorativo del Tribunal de instancia al reconocer suficiencia incriminatoria, fiabilidad y credibilidad al testimonio debatido, lo que le otorga idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia. Todo ello sin desprestigiar cuestiones que han planeado durante todo el proceso probatorio, como la falta de concreción en cuanto a las fechas de los contactos sexualizados que describe, posibles imprecisiones a lo largo de las distintas versiones que la joven ha facilitado en diferentes momentos o el propósito secundario, incluido el de encontrar una alternativa habitacional al centro en el que se encontraba ingresada, a través del acogimiento por parte de la familia de su entonces novio.

En cuanto a la falta de precisión o concreción, como dijimos en la STS 473/2020, 24 de septiembre, "la imposibilidad de concretar espacial y temporalmente los diferentes acometimientos sexuales que padece una menor a lo largo de un periodo dilatado de tiempo, durante el que el agresor aprovecha una relación cercana con ella, no merman la fuerza incriminatoria de su testimonio. Es lógico y comprensible que las menores no guarden memoria precisa de la localización y fecha de cada una de las agresiones, por su edad, porque son acontecimientos que se insertan en su cotidianidad, por el sufrimiento que puede producir el recuerdo de este tipo de ofensas, o por el miedo a trastocar el sosiego familiar (SSTs 201/2018, de 25 de abril o 409/2019, de 19 de septiembre), lo que no diluye la necesidad de que los elementos sobre los que pivota la tipicidad queden perfectamente delimitados". Como ocurría en el supuesto allí resuelto, también en este caso tales presupuestos emergen con nitidez.

Respalda la sentencia recurrida la solvencia de los elementos de corroboración con los que cuenta el testimonio escrutado, tales como el relato espontáneo de los hechos con proximidad a los mismos, y antes de



que la maquinaria judicial se pusiera en marcha, realizó la afectada a personas de su entorno, tales como su amiga Modesta o a quien entonces fuera su novio, y que ambos ratificaron en sus respectivas declaraciones testificales en el acto del juicio oral. A ellos contó que el acusado se masturbó mientras estaba en el cuarto con ella creyéndola dormida, y también que ello le provocó un estado mezcla de miedo, vergüenza y estupor que le impidió reaccionar. También relató estos hechos espontáneamente a la trabajadora social del comité anti-sida Laura, y a los agentes de policía que la iban a trasladar junto con otra menor, siendo precisamente la nota que sobre tal incidente elaboraron los mismos, la detonante de la investigación iniciada por la Fiscalía. Incluso reconoce un cierto efecto corroborador a la propia declaración del acusado, quien, sin admitir los hechos, si reconoció las visitas a la menor y haberle dado algún masaje, según explica, con la finalidad de que pudiera conciliar el sueño, práctica que se califica de inusual, tal y como confirmó alguno de sus compañeros de trabajo.

La sentencia recurrida en el fundamento sexto repasa los distintos hitos que las revelaciones de la joven motivaron en el comité ante-sida o en el propio centro donde estaba ingresada, y descarta de forma absolutamente pormenorizada y razonada, que el historial de conflictos que acompaña a la joven la inhabilite como víctima o debilite el valor de su testimonio, por más que pueda abundar en su vulnerabilidad. También descarta, con una argumentación perfectamente homologable como lógica, que su denuncia respondiera a un propósito que pueda considerarse espurio, o incluso al de propiciar su salida del centro, pues la declaración podía producir el efecto contrario provocando un refuerzo en su protección.

Por último, la Sala de apelación analiza el valor residual que corresponde a los informes periciales sobre la credibilidad de la víctima en el ejercicio de la función jurisdiccional, en términos coincidentes con el criterio jurisprudencial de esta Sala, expuesto al resolver el primero de los motivos de recuso. En cualquier caso, en la confrontación entre las dos periciales practicadas, la de psicóloga Sra. Reyes del IML, y a la del Instituto DIRECCION000 (SAPSY, Servicio de Atención Psicológica a Menores y perpetradores de la Comunidad Valenciana) reconoce prevalencia a la primera. Explica que le ofrece mayor garantía de imparcialidad el primero, y aclara las razones: su regular proceso de elaboración, la adscripción de su autora, de reconocida solvencia profesional sobre cuya cualificación no alberga dudas, "a la clínica médico forense, sin vinculación con la Consellería a la que incumbía velar por la integridad de la menor"; además de otras consideraciones referidas a la mayor contundencia en la exposición. Una vez más se trata de un criterio que no puede tacharse de irrazonable, pues en definitiva la pericial de la Sra. Reyes es la única realizada en el curso del procedimiento, mientras que la otra se gestó extra proceso a iniciativa de la correspondiente Consellería, en el curso de una información que se agotó en sí misma, y que no afloró hasta después del dictado de la primera sentencia, aunque su fecha era muy anterior. Un informe que la defensa alegó desconocer, lo que dio lugar a que el Tribunal de apelación, en su sentencia 122/2020 acordara la nulidad parcial del primer juicio.

En cualquier caso, es importante resaltar, como también lo hace el Fiscal al impugnar el motivo, que la Sala de apelación, que vio la grabación del juicio en la instancia, llama la atención en que la testigo "cuando declara ante fiscalía (f. 18) y ante la instructora f. 126) ya tenía 15 años, cuando acude a la clínica médico forense (f 162) le faltaban 5 días para cumplir los 16 años y cuando declara en el juicio oral ya tenía los 17 años cumplidos. Coincidiendo ambos peritos en que se trata de una joven mental y psicológicamente normal carente de alteraciones que afecten a su capacidad de entendimiento y comprensión. A lo que hemos de añadir que precisamente por su trayectoria vital, al haber pasado desde los cuatro años hasta su mayoría de edad en centro de menores, puede entenderse como una persona acostumbrada a valerse por sí misma y desenvuelta, como de hecho lo demostró durante su declaración ante el juicio oral haciendo gala de la suficiente entereza para responder de forma clara, segura y detallada a las preguntas que le fueron realizadas, particularmente ante el interrogatorio de la defensa durante el que trató de ponerle en evidencia algún tipo de imprecisión y contradicción".

En definitiva, nos enfrentamos a una argumentación ajustada a cánones de racionalidad y lógica perfectamente homologables. De esta manera estamos en condiciones de afirmar que el Tribunal de apelación actuó con arreglo a las pautas que le eran exigibles y abordó en profundidad y con lógica las cuestiones planteadas. Por todo ello, y desde el análisis que en este momento nos incumbe, hemos de concluir que la intervención que en los hechos probados se atribuye al acusado y la consecuente declaración de culpabilidad que en ellos se asienta, se ha sustentado en prueba legalmente obtenida y practicada, de contenido incriminatorio bastante y suficiente y racionalmente valorada, por lo que no puede entenderse vulnerada la presunción de inocencia que a aquél ampara, ni tampoco la de tutela judicial efectiva.

El motivo se desestima.

CUARTO. El quinto motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 CP.



1. Explica el recurso que en la causa se han producido retrasos injustificados imputables al órgano judicial, no atribuibles al acusado, que han generado una prolongación en el tiempo desproporcionada en atención a la complejidad de la causa, habiendo provocado una duración absolutamente desproporcionada. Que la propia sentencia recurrida reconoce significativos plazos de paralización en la causa, pese a no estimar la atenuante interesada al apreciar una diligente tramitación por parte de la Audiencia.

Destaca que se inició la investigación el 5 de julio de 2017, si bien el procedimiento penal no se incoó hasta septiembre de ese mismo año. Que no se realizó actuación alguna entre la declaración del investigado que tuvo lugar el 4 de octubre de ese año 2017, hasta la realización del informe pericial 7 meses después, el 23 de mayo de 2018, informe que hubo de ser recordado, no compareciendo la menor al llamamiento que se le efectuó para el 23 de abril de 2018. Que habiéndose dictado el auto de apertura del juicio oral el 10 de agosto de 2018, no se celebró el primer juicio hasta el 7 de noviembre de 2019. Juicio que fue parcialmente anulado, no celebrándose nueva vista hasta el 15 de febrero de 2021.

Ya en la fase de enjuiciamiento, se señaló inicialmente el juicio para el 8 de mayo de 2019, si bien transcurrieron seis meses hasta su efectiva celebración el 7 de noviembre de 2017, ante la incomparecencia e imposibilidad de localización de la testigo menor de edad hasta en cinco ocasiones.

2. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 CE. Si bien no es identificable con un derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver y ejecutar lo resuelto en un tiempo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso comprobar si ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones. Que ese retraso sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. Cualquier ponderación debe efectuarse a partir de tres parámetros: la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga contra España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas contra España, y las que en ellas se citan).

Según jurisprudencia constante de esta Sala, a la hora de interpretar esta atenuante concurren dos elementos relevantes "el plazo razonable" y las "dilaciones indebidas". Al primero se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable". A las segundas el artículo 24 de la CE, que garantiza un proceso sin "dilaciones indebidas". En realidad, son conceptos que confluyen en la idea de un enjuiciamiento ágil y sin demora, pero que difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas implican retardos injustificados en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de los distintos actos procesales. El "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio y más orientado a la duración total del proceso, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, y ha de tener como índices de referencia la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la misma naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010, de 15 de febrero; 269/2010, de 30 de marzo; 338/2010, de 16 de abril; 877/2011, de 21 de julio; 207/2012, de 12 de marzo; 401/2014, de 8 de mayo; 248/2016, de 30 de marzo; o 524/2017, de 7 de julio, entre otras, entre otras).

La causa de atenuación que nos ocupa aparece regulada, a partir de la reforma operada en el CP por la LO 5/2010, en el artículo 21. 6ª del CP, que exige que se haya producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan tal consideración; y exige también, que tal demora no sea atribuible al propio inculpado ni guarde proporción con la complejidad de la causa.

También en este caso la sentencia recurrida compendia un exhaustivo análisis de todas las incidencias que ha atravesado la causa, cuyo detalle y claridad expositiva justifica su reproducción, pese a que se trate de una larga cita.

"Así vemos que el primer conocimiento de los hechos surge el 20 de febrero de 2017; en que la menor manifiesta lo ocurrido a la trabajadora social y a un técnico del comité anti-sida (Centro día el Faro) quienes a su vez lo comunican a la directora del centro donde estaba ingresada la menor, quien se entrevista con ella remitiéndola a una psicóloga de la Conselleria, dando lugar a la peculiar investigación a la que se ha hecho referencia en el fundamento sexto, tras la cual por no darle credibilidad alguna a la menor archivan sin mayor tramite el expediente.

No siendo hasta el mes de junio de 2017 en que con ocasión de la intervención de los agentes NUM002 y NUM003 con motivo del traslado de una menor al centro, cuando Rafaela de forma espontánea relata nuevamente los hechos, determinado que los referidos agentes del GRUME elaboren la nota informativa que finalmente es remitida a la Fiscalía de menores, dando lugar a la incoación de las diligencias de investigación



que encabezan las presentes actuaciones el día 3 de julio de 2017 (f. 9). Que finalmente son judicializadas mediante la correspondiente denuncia, dando lugar a la incoación de las diligencias previas de las que dimana la presente causa el día 28 de julio siguiente (f. 94), lo que es un plazo más que prudencial visto el número de diligencias practicadas, así como que hubo de recordarse a la Conselleria la remisión de los correspondientes antecedentes e informes. Por lo que puede que tardara iniciarse la investigación, pero como vemos en modo alguno es imputable a la administración de justicia.

Se señala que entre la declaración del recurrente como investigado el día 4 de octubre de 2017 y la práctica del informe pericial por la clínica médico-forense el día 23 de mayo de 2018 no se practica diligencia alguna. En tal sentido observamos que a instancias del Ministerio Fiscal (f. 140) por virtud de providencia de fecha 7 de noviembre de 2017 (f.141) se acuerda la práctica del informe en cuestión, acusándose recibo de la recepción del correspondiente oficio el mismo día (f. 144). A la vista del tiempo transcurrido en fechas 16 de enero (f. 145) y 16 de marzo de 2018 (f. 152) se recuerda la cumplimentación de informe, comunicando finalmente la clínica médico-forense la incomparecencia de la menor a las citaciones que se le han efectuado. Hasta que en fecha 23 de abril de 2018 (f. 156) mediante comunicación telefónica llevaba a cabo por el juzgado se participa la fuga de la menor desde el día 4 de enero de 2018, ya que estaba previsto su traslado unos días después a un centro de reforma. Ante lo que el juzgado en fecha 30 de abril de 2018 (f.157) da traslado a las partes a efectos de iniciar el trámite del artículo 779 LECr. Dando respuesta el Ministerio Fiscal en fecha 11 de mayo en el sentido de participar que se le ha comunicado el ingreso de la menor en un centro de reforma (f. 159 y 160), lo que se participa a la clínica médico-forense que en fecha 23 de mayo siguiente elabora su informe (f. 162). Siendo tras ello transformado a procedimiento abreviado el día 21 de junio de 2018 (f. 170) abierto el juicio oral el día 10 de agosto de 2018 (f. 176) y elevado a la Audiencia el día 26 de octubre de 2018 (f. 190). Por lo que podemos observar que a pesar de las dificultades surgidas, tanto el Ministerio Fiscal como el Juzgado, en ningún momento han adoptado una actitud pasiva haciendo un seguimiento constante de la causa, logrando que a pesar de las dificultades surgidas finalmente se concluya la investigación en un lapso ligeramente superior al año.

En tercer lugar se cuestiona que a pesar de haberse elevado a la Audiencia y turnada a su Sección 2ª el día 5 de noviembre de 2018, el juicio no se celebra hasta transcurrido un año el día 7 de noviembre de 2019. Lo que nuevamente es una realidad pero hemos de señalar que al margen de que en cualquier caso es un lapso de espera que en algunos órganos de nuestro territorio es habitual, esta paralización una vez mas no ha sido debida a la pasividad de la administración de justicia. Ya que la causa ha sido objeto de cinco señalamientos (8 de mayo, 20 de junio, 213 de junio, 30 de octubre y 7 de noviembre) a cuyo fin la Audiencia en cada uno de ellos libró los correspondientes despachos para la citación de los testigos y partes. De las cuales los tres primeros se suspendieron por la incomparecencia de la menor, el cuarto por tener el Letrado la defensa un señalamiento preferente, celebrándose por fin en la última fecha prevista.

En último lugar señala que la primera sentencia recaída en la Audiencia (617/2919 de 28 de noviembre) fue anulada por esta Sala por SST núm. 122/2020 de 22 de junio no celebrándose nuevo juicio hasta el 15 de febrero de 2021. Sin embargo en esta ocasión no podemos entender ajeno a este hecho a la representación del propio recurrente, ya que no podremos cuestionar que recurriera esa primera sentencia, ni que si a sus intereses convenía solicitar entre otras cosas su nulidad parcial de la primera resolución, en su derecho estaba si entendía que existía un informe pericial que le beneficiaba, ahora al respecto llama la atención que después de decir que se enteró por la prensa de su existencia, luego afirme que la Conselleria lo remitió a la Fiscalía el día 1 de diciembre de 2017, cuando según esta última, de lo que también se hace eco la Audiencia en su resolución obrante al f. 307 (rollo. Tomo 1) ese informe no fue remitido hasta el 29 de noviembre de 2019, RUE 2 de diciembre siguiente, lo que motiva que precisamente la Sección 2ª se le devuelva a la acusación pública toda vez que le, fue remitido tras la sentencia.

Admitiendo plenamente su derecho a recurrir, sin embargo llama la atención el esfuerzo que esa misma representación tras la estimación de su recurso ha hecho para combatir precisamente el pronunciamiento de esta Sala. Así observamos que a pesar su pronunciamiento estimatorio plantea contra la sentencia en cuestión (núm. 122/2020 de 22 de junio) un incidente de nulidad que es resuelto por auto de fecha 18 de septiembre de 2020; igualmente en contra de lo que la misma resuelve, una vez las actuaciones se encuentran de nuevo en la Audiencia, recusa a los miembros de la Sección 2ª que intervinieron en el primer juicio, que no le es admitida por providencia de fecha 5 de noviembre de 2020. Puesta de manifiesto la causa a las partes para que con arreglo al contenido de la repetida resolución propongan prueba, lo que es resuelto por auto de fecha 15 de diciembre de 2020, es acordada la celebración de la nueva vista el día 11 de enero de 2021, que a instancias de la representación de la defensa es suspendido por un posible contagio de COVID, lo que motiva el señalamiento alegado por el recurrente del 15 de febrero, por lo que una vez más observamos una diligente tramitación por parte de la Audiencia."



A la vista de tales datos aun cuando la tramitación de la causa no estuvo dotada de toda la agilidad deseable, a la vista de las incidencias de todo tipo que rodearon la misma desde su inicio, la actitud en ocasiones poco colaborativa de la joven afectada, una nulidad instada por el propio acusado, la crisis sanitaria del COVID 19, son factores que otorgan racionalidad al juicio ponderativo que la sentencia recurrida contiene al entender que no se han producido lapsos de inactividad atribuibles a la Administración de Justicia de suficiente entidad para ofrecer sustento a la atenuación reclamada, que en su propia definición legal exige que puedan ser calificados de "extraordinarios". Tampoco desde la óptica de duración total del proceso, teniendo en cuenta las dificultades expuestas y la necesidad de un doble enjuiciamiento, se han rebasado los límites del plazo razonable.

El motivo se desestima.

QUINTO.- También al amparo del cauce de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM, el sexto motivo de recurso denuncia la infracción del artículo 21.5 CP en relación con el 66.2 CP por la inaplicación de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada.

1. Respecto a la atenuante de reparación del daño hemos dicho que en su actual configuración se ha objetivado, sin exigir que se evidencie reconocimiento de culpa, aflicción o arrepentimiento.

Se trata de una atenuante *ex post facto*, cuyo fundamento no deriva de una menor culpabilidad del autor, sino de razones de política criminal orientadas a dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral se puede integrar en las previsiones de la atenuante. Pero lo que resulta inequívoco es que el legislador requiere para minorar la pena el dato objetivo de que el penado haya procedido a reparar el daño o a disminuir los efectos del delito. El tiempo verbal que emplea el texto legal excluye toda promesa o garantía de hacerlo en el futuro. Tanto más cuanto que exige que, en todo caso, ello debe haber ocurrido con anterioridad a la celebración del juicio (por todas STS 23/2022, de 13 de enero).

La apreciación de tal circunstancia como cualificada, según de manera reiterada ha afirmado esta Sala, exige necesariamente de un plus en cada uno de los elementos que la componen (por todas SSTs 50/2008, de 29 de enero; 868/2009, de 20 de julio; o 420/2023, de 31 de mayo; o 491/2023, de 22 de junio). Plus que en este caso no se aprecia. La consignación a las puertas del segundo juicio, por más que el acusado no ostente una posición desahogada y se viera obligado a pedir un crédito, no incorpora elemento alguno que refuerce los pilares de la atenuación. La reparación del daño es una atenuante post delito y la graduación de su intensidad no puede ser ajena a la naturaleza de los hechos, con una inevitable proyección en la proporcionalidad de las penas a imponer.

En palabras que tomamos de la STS 273/2023, de 19 de abril. "Como hemos mantenido reiteradamente, la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada. Para ello, y como precisábamos en la STS 478/2017, de 21 de junio, se hace necesario " algo más, mucho más, pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena" -vid. en el mismo sentido y entre muchas, SSTs 293/2018, de 18 de junio; 87/2010, de 17 de febrero; 15/2010, de 22 de enero-".

Tampoco por su extemporaneidad puede ser valorable a estos efectos, posicionamientos procesales posteriores a la sentencia de instancia a los que alude el recurso, tales como el de no oponerse a la ejecución provisional de los pronunciamientos civiles de la misma, al parecer instados por la víctima.

El motivo se desestima.

SEXTO.- El séptimo y último de los motivos formulados, también a través del cauce de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM, denuncia la indebida aplicación del subtipo agravado de prevalimiento del artículo 183.4d) del CP.



Alega el recurrente que el hecho de que el acusado fuera el educador de la joven no es base suficiente para apreciar la agravante de prevalimiento. Y en los hechos probados no se explica cómo se aprovechaba el acusado de su situación de educador, ni se explicita el prevalimiento.

1. El artículo 183 4 d) CP según legislación vigente a la fecha de los hechos, cuya aplicación se discute, conduce a la mitad superior de la pena en los casos en los que "... para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco..."

Decíamos, entre otras, en SSTS 187/2020, de 20 de mayo; 541/2021, de 21 de junio; o 68/2022, de 27 de enero, que el prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad, que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para mediatizar la decisión de la víctima.

En relación a los delitos contra la libertad sexual, de manera reiterada esta Sala ha dicho (entre otras SSTS 1165/2003 de 18 de septiembre; 935/2005 de 15 de julio; 785/2007 de 3 de octubre; 708/2012 de 25 de septiembre; 957/2013 de 17 de diciembre; 834/2014 de 10 de diciembre; o 675/2016 de 22 de julio) que el prevalimiento se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en la que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual impuesta. De esta forma, la especial situación de la víctima debe tomarse en consideración para valorar la existencia de la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento.

El prevalimiento típico exige una relación de superioridad del sujeto activo con respecto al pasivo, que debe ser aprovechada por el primero para obtener el consentimiento del segundo a la realización del acto atentatorio a la libertad sexual. En tanto la superioridad puede ser constatada de forma objetiva, el segundo, el aprovechamiento de la situación, ha de ser inferido de forma racional por el órgano jurisdiccional y debe expresarlo en la sentencia.

2. La tipicidad aplicada fluye con naturalidad del relato de hechos probados que nos vincula, que aglutina los elementos nucleares de la modalidad agravada que se aprecia. La asimetría entre acusado y la víctima es clara, no solo por la diferencia de edad, sino por una superioridad basada en la autoridad que en ese momento representa quien actúa como cuidador en un centro de acogida donde la adolescente se encontraba ingresada, al estar declarada en situación de desamparo. El aprovechamiento de esa situación emerge con claridad cuando es precisamente el estatus de cuidador del acusado el que faculta la oportunidad del contacto con la joven, que además se encuentra aislada en una dependencia, lo que merma sus posibilidades de reacción.

La situación de vulnerabilidad de la chica aparece igualmente descrita. Precisamente el acusado acude a la habitación en la que se encontraba durmiendo sola, al estar castigada, a fin de ayudarla a superar las dificultades que la misma tenía para dormir debidas a los miedos que la asaltaban. La confianza de la chica en el acusado se describe claramente cuando se dice que es ella la que reclama su presencia "e incluso le pedía que le hiciera un masaje pues confiaba en el mismo". Añade el relato fáctico "procediendo Vidal a masajearle en la zona del cuello y la espalda y, una vez creía, que se hallaba dormida, cogía la mano de la niña y se masturbaba con ella fingiendo Trinidad dormir ante la vergüenza que le producía dicha situación", lo que pone de relieve que la chica careció de capacidad de reacción.

No nos encontramos ante una sucesión de contactos sexuales que fueran libremente buscados o aceptados por ella, lo que podría proyectarnos hacia la modalidad básica, ni tampoco en unos tocamientos no consentidos entre personas que ocupan un plano equidistante o simétrico, sino ante un consentimiento, no solo cercenado en sus efectos por la edad de la víctima, sino especialmente viciado en cuanto obtenido precisamente con prevalencia de esa superioridad que no solo propició la ocasión que el acusado aprovechó, sino que minó la capacidad de respuesta de quien estaba en pleno proceso de maduración y sometida a la disciplina y protección de su cuidador.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- La entrada en vigor el pasado mes de octubre de la reforma operada por efecto de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que ha dotado de nueva configuración y regulación al Título VIII del Libro II CP, nos obliga a efectuar la comparación normativa a efectos de determinar si la nueva regulación resultara más beneficiosa al condenado, pues de ser así, por aplicación del artículo 2.2 CP habrá de serle retroactivamente aplicable.

Esta Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa, según el cual el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas legales, pues sólo así puede detectarse que régimen



resulta más beneficioso. Como decíamos en la STS 107/2018, de 5 de marzo "No es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad". O en palabras que tomamos de la STS 630/2010, de 29 de junio "En otros términos los elementos de comparación no se limitan a la consideración de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal". Ahora bien, la mayor aflictividad que deriva de las penas privativas de libertad frente a las que limitan otros derechos, focaliza sobre aquellas el principal elemento comparación.

De otro lado, la comparación hemos de abordarla a partir de la penalidad impuesta, pues no nos corresponde ahora como Sala de casación efectuar una nueva determinación de la pena emitiendo un juicio de proporcionalidad en atención a la gravedad de la culpabilidad y la ponderación de las circunstancias que permitan detectar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en relación con los factores expuestos y que éste no ha sido arbitrario.

1. En este caso el Tribunal de instancia determinó la pena privativa de libertad en aplicación de los artículos 183 1 y 4d) en relación con 74 CP, en el mínimo legal concretado en 5 años de prisión.

Los hechos declarados probados, en lo que a las menores de 16 años se refiere, encajan ahora sin margen de discusión en el nuevo artículo 181. 1, y 4 e) CP, con una penalidad que oscila entre los 4 y los 6 años de prisión. Aplicada sobre esa horquilla la agravación penológica derivada de la continuidad ex artículo 74 CP, nos coloca ante una pena mínima de 5 años, coincidente con la impuesta, por lo que la nueva legislación no se perfila como más favorable, extremo en el que coinciden tanto el Fiscal como la parte recurrente. Máxime si tomamos, además, en consideración la elevación de la inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, que, aunque en este caso por efecto de la LO 8/2021, se ha mantenido con la nueva reforma. Esta preceptiva inhabilitación ha pasado de un tiempo superior de entre tres y cinco años al de la duración de la pena privativa de libertad impuesta a la fecha de los hechos, a un acotamiento actual "por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave".

OCTAVO.- En atención a lo expuesto el recurso se va a desestimar en su integridad, con imposición al recurrente de 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. Vidal, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 16 de septiembre de 2021 (Rollo Apelación 207/21).

Comuníquese a dicho Tribunal Superior de Justicia esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

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.

Juan Ramón Bedugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián