



Roj: **STS 4625/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4625**

Id Cendoj: **28079120012021100980**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2021**

Nº de Recurso: **148/2020**

Nº de Resolución: **979/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 979/2021**

Fecha de sentencia: 15/12/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 148/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/12/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 20

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

Transcrito por: MGS

Nota: Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RECURSO CASACION núm.: 148/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 979/2021**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D.<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D.<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 15 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 148/2021, interpuesto por infracción de precepto constitucional, por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, por **D. Conrado**, representado por el procuradora D. Pedro Antonio González Sánchez y bajo la dirección letrada de D.ª Aitana Sánchez Jiménez, contra la sentencia n.º 428/2019 dictada el 17 de abril de 2019, y aclarada por auto de fecha 21 de mayo de 2019 por la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Sala Sumario n.º 41/2017, dimanante del Sumario n.º 1/2016 del Juzgado de Instrucción n.º 4 de DIRECCION000, en la que se le condenó por un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal, a menor de trece años con prevalimiento ya definido. Es parte el **Ministerio Fiscal**, y como parte recurrida **D.ª Sagrario**, representada por el procurador D. José Andrés Peralta de la Torre y bajo la dirección letrada de D. Jorge García Alonso.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número 4 de DIRECCION000, incoó Sumario con el número 1/2016, seguido por un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal (a menor de trece años) y un delito de agresión sexual con acceso carnal (a menor de trece años), contra D. Conrado y, concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Vigésima, incoado el Rollo de Sala Sumario n.º 41/2017, dictó sentencia n.º 428/2019 de 17 de abril, que contiene los siguientes **hechos probados**:

" Conrado, mayor de edad, de nacionalidad española y sin antecedentes penales, inició una relación sentimental con María Rosa en el verano del año 2000, conviviendo a partir del mes de septiembre de ese año en una vivienda sita en la localidad de DIRECCION001, junto, con la hija de la mujer fruto de otra relación, Sagrario, nacida el día NUM000 de 1997. La pareja tuvo un hijo común, Jacinto, nacido el día NUM001 de 2001.

Conrado y María Rosa trabajaban en la misma empresa, pero en turnos distintos, lo que llevó a que, durante la jornada laboral de uno, el otro se quedaba al cuidado de los menores; ejerciendo Conrado el rol de padre no solo de su hijo Jacinto, sino también de Sagrario, quien a pesar de tener un régimen de visitas con su progenitor, consideraba a Conrado como un padre.

En una fecha indeterminada que puede, situarse en el año 2005, teniendo Sagrario aproximadamente 8 años de edad, Conrado se encontraba en la vivienda familiar al cuidado de los menores. Estando los dos niños viendo la televisión, Conrado dejó a Jacinto en el salón y llevó a Sagrario a la habitación en la que dormían los menores en dos literas, deslizó la litera inferior, la tumbó en ella, le bajó los pantalones, le tocó con los dedos los genitales y se los chupó.

A partir de ese momento, en numerosas ocasiones cuyo número no ha quedado determinado, cuando Conrado estaba al cuidado de los dos menores, dejaba a Jacinto solo en el salón o en la bañera y llevaba Sagrario a la habitación donde no solo la tocó y chupó de la forma expuesta, sino que varias veces restregó su pene por los genitales de la niña y se lo introdujo parcialmente en la vagina. En una ocasión la penetró analmente y Sagrario sangró.

En otra ocasión llevó a Sagrario a la habitación de matrimonio, le dijo que se tumbara en la cama, que cerrara los ojos y que abriera la boca, para acto seguido introducir él pene en la boca de la menor.

No ha quedado probado que dijera a la niña que si no abría la boca la pegaría.

Esos hechos se prolongaron hasta que a la menor le comenzó a salir el vello púbico (puede situarse en el año 2006), momento en que Conrado paró en su actitud.

Sagrario no comunicó a ningún adulto de su entorno lo que le estaba pasando, manteniendo con Conrado una relación familiar aparentemente normalizada, no solo hasta aproximadamente el año 2012 cuando Conrado y María Rosa se separaron, sino después cuando aquel acudía habitualmente al domicilio que fue familiar.

Sagrario cursaba sus estudios en el Instituto DIRECCION002 y tras advertir su tutora un DIRECCION003 en la menor, la derivó en el mes de marzo de 2015 a la orientadora educativa del centro (psicopedagoga), con la que siguió unas sesiones.

En el marco confidencial de las sesiones con la psicopedagoga, Sagrario le comentó los actos sexuales por parte de su padrastro que había sufrido en la infancia, siendo muy reacia a contárselo a su madre. Finalmente,



tras coger fuerza para contarle, la dirección del Instituto convocó a su madre, María Rosa , y en dicho centro Sagrario le comunicó los hechos de carácter sexual que contra ella. perpetró Conrado .

El día 24 de marzo de 2015 María Rosa ; en nombre, de su hija, interpuso la correspondiente denuncia contra Conrado en la comisaría de Mossos d'Esquadra de DIRECCION000 ."

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a Conrado como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal, a menor de trece años con prevalimiento ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **NUEVE AÑOS DE PRISIÓN**, con las penas accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por ese tiempo, prohibición de aproximación a menos de 300 metros a Sagrario , a su domicilio, centro escolar o lugar de trabajo en su caso u otro lugar por ella frecuentado por tiempo de diez años; así como la de prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio por el mismo tiempo; pago de la mitad de las costas procesales incluidas la mitad de las devengadas por la actuación de la acusación particular y a que como responsable civil indemnice a Sagrario en la cantidad de **TREINTA MIL EUROS (30.000€)**. Y que debemos **ABSOLVERLE** y le **ABSOLVEMOS** del delito de agresión sexual por el que también se le acusaba, declarando de oficio la otra mitad de las costas procesales.

Se prorrogan las medidas cautelares adoptadas por auto de fecha 28 de marzo de 2015 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000 durante la tramitación del eventual recurso que pudiera interponerse contra esta sentencia y hasta que, caso de confirmarse o ganar firmeza la presente resolución, el acusado sea requerido para el cumplimiento como penas de las prohibiciones de aproximación y comunicación respecto de Sagrario ."

**TERCERO.-** En fecha 21 de mayo de 2019, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó auto aclaratorio de la sentencia con la siguiente **parte dispositiva**:

" **ACORDAMOS: RECTIFICAR EL ERROR MATERIAL DE TRANSCRIPCIÓN** sufrido en el párrafo primero del antecedente de hecho segundo de la sentencia recaída en este Rollo Sumario - sentencia 428/19, de 17 de abril-, que queda redactado del siguiente tenor:

"**SEGUNDO.:** El juicio oral-se inició el día 11 de diciembre de 2018, sesión en la que se resolvieron las cuestiones previas y se, suspendió para continuar debido a la admisión en ese momento de dos pruebas testificales propuestas por la acusación particular y parte de la pericial médica propuesta por la defensa (que se había inadmitido inicialmente en su totalidad). El juicio oral continuó los días 19 y 20 de marzo de 2019".

**CUARTO.-** Notificada la sentencia y el auto de aclaración a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, por la representación del acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** La representación procesal del recurrente, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24 CE en relación al artículo 5.4 LOPJ en relación con el artículo 852 de la LECrim.

Segundo.- Por vulneración del derecho fundamental del derecho a la prueba del artículo 24 CE en relación al artículo 5.4 LOPJ en relación con el artículo 852 de la LECrim.

Tercero.- Por vulneración del derecho fundamental del derecho a la prueba del artículo 24 CE en relación al artículo 5.4 LOPJ. en relación con el artículo 852 de la LECrim.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de precepto sustantivo por indebida aplicación de los artículos 182.1 y 2, en relación con los artículos 181 1 y 2 y 180.1,4º por entender que los hechos atribuidos al acusado que fueron considerados constitutivos de delito de abuso sexual no satisfacen las exigencias típicas de esta figura delictiva.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º de la ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba, al haber ignorado la primera parte informe pericial emitido por el Dr. Paulino y Dª Lorena .

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º de la LECrim, por error en la valoración de la prueba, en relación con el informe elaborado por el servicio de intervención especializada del Baix Llobregat fechado a 7 de junio de 2016 obrante a folios 307, 308 y 309.



Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba, en relación las notas escolares de la menor de tercero y cuarto de primaria del Ceip DIRECCION004 .

Octavo - Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación de la Sala, sin estar contradichos por otros elementos. en concreto, se identifica las conversaciones de whatsapp entre el acusado y la madre de la menor.

Noveno.- Por quebrantamiento de forma. Conforme a lo preceptuado en el artículo 850. 1 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haber denegado una diligencia de prueba, consisten en la segunda parte de la prueba pericial elaborada por el Dr. Paulino , especialista en psiquiatría y medicina legal y D<sup>a</sup> Lorena , psicóloga (obrante en los folios 205 a 213 del rollo del sumario).

Décimo.-. Por quebrantamiento de forma. conforme a lo preceptuado en el artículo 850. 1º de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, apartado 1 al haber denegado una diligencia de prueba, consistente en la decisión de no visionar en el juicio oral la grabación de la exploración preconstituida del menor Jacinto , que la sala en el plenario denegó pese a haber sido previamente admitida en el auto de fecha 8 de octubre de 2018.

Undécimo.- Por infracción de ley. conforme a lo preceptuado en el nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia por inaplicación del artículo 21.6º del Código Penal, dilaciones indebidas como atenuante muy cualificada.

**SEXTO.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, solicita la inadmisión y subsidiariamente la desestimación, de los motivos de los recursos. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 14 de Diciembre de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Recurre en casación D. Conrado contra la sentencia núm. 428/2019, de 17 de abril, aclarada mediante auto de fecha 21 de mayo de 2019, dictada por la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona en el procedimiento Sumario ordinario núm. 41/2017, dimanante de la causa Sumario ordinario núm. 1/2016, instruido por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de DIRECCION000 , en la que ha sido condenado como responsable de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal, a menor de trece años con prevalimiento, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de prisión, con las penas accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por ese tiempo, prohibición de aproximación a menos de trescientos metros a Sagrario , a su domicilio, centro escolar o lugar de trabajo en su caso u otro lugar por ella frecuentado por tiempo de diez años; así como la de prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio por el mismo tiempo; pago de la mitad de las costas procesales incluidas la mitad de las devengadas por la actuación de la acusación particular y a que como responsable civil indemnice a Sagrario en la cantidad de treinta mil euros.

En la misma sentencia fue absuelto del delito de agresión sexual por el que también se le acusaba, declarando de oficio la otra mitad de las costas procesales.

**SEGUNDO.-** El primer motivo del recurso se formula por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 CE en relación con los arts. 5.4 LOPJ 852 LECrim.

Señala que el Tribunal de Instancia se ha basado únicamente en el testimonio de D<sup>a</sup> Sagrario , sin tener en cuenta los elementos de descargo existentes en la causa. Estima que el testimonio de la víctima no es concluyente ni veraz.

En relación a su credibilidad subjetiva alega que la menor no ha sido analizada desde un punto de vista forense ni clínico y se desconoce que diagnóstico puede tener. Destaca que cuando la menor presentó la denuncia estaba atravesando un periodo en cierto modo convulso y de mucha conflictividad por sus problemas de rendimiento escolar y por los problemas de conflicto con su madre ante la no aceptación de su pareja. Unos meses antes de la denuncia la adolescente presentaba una sintomatología variada y compleja. Por ello discrepa de la apreciación que realiza la Audiencia en el sentido de que no aprecian ninguna alteración psicológica significativa. Se refiere al informe emitido por la psicopedagoga Sra. María Inés del que se infiere una sintomatología ansiosa de larga evolución, a la que se añaden autolesiones e ideas de muerte difusas. Ello denota a su juicio un cuadro patológico que debiera haber sido objeto de estudio por parte del forense para descartar cualquier patología que puede además constatar una tendencia a la fabulación u otros estados que



predisponga la exageración o la confusión. Refiere también los problemas que Sagrario tenía con su padre biológico al tiempo de formularse la denuncia.

Discrepa también del análisis efectuado por la Audiencia a través del cual excluye motivaciones espurias en la denuncia de la menor. Estima que el hecho de fuese la psicopedagoga del Instituto DIRECCION002 la primera persona a quien revelara los hechos no es incompatible con que ideara la denuncia como una forma de llamar la atención, por los celos que pudiera tener de su hermano o para conseguir que su madre se alineara con ella y aceptara a su novio.

Cuestiona también la credibilidad objetiva de la víctima. En primer lugar, indica que la víctima no presentaba vestigios físicos y psíquicos de los abusos, conservaba buenas relaciones con el autor, incluso después de los actos delictivos y de la separación de su madre. Expresa que aquélla mantiene relaciones interpersonales con otros hombres sin que la vivencia del acoso sexual con acceso carnal le haya podido afectar.

Discrepa también con la sentencia sobre la persistencia en la incriminación y la ausencia de contradicciones. Resalta que tras declarar dos veces ante la policía, en el juzgado introdujo por primera vez el hecho relativo a la penetración vaginal, así como que ha sido incapaz de recordar la penetración anal, pese a que ésta le causó un desgarro epidérmico. Y que no fue hasta la declaración ante el plenario cuando añadió detalles relativos a la posible eyaculación del acusado, que tampoco pudo concretar en qué momentos se producía.

Se queja asimismo de una falta de concreción en la declaración en relación a los años que tenía cuando sucedieron los hechos y las veces en que tuvieron lugar los episodios que narra. Aduce que no describe ni explica cuestiones relevantes ni emocionales de cómo se sentía ni como el acusado consiguió doblegar su voluntad. Tampoco explica cómo el acusado consiguió que le hiciera caso y acatará las órdenes que este le daba o cual fue el motivo por el que dichos episodios dejaron de producirse.

Denuncia al mismo tiempo la falta de un informe médico que analice la credibilidad de Sagrario. Se refiere igualmente a los WhatsApp que constan en las actuaciones y que a su modo de ver ponen de relieve que la menor era habitual que dijera mentiras y que sus padres no la creyesen.

Concluye por todo ello estimando que no existe una prueba que pueda ser razonablemente estimada como suficientemente incriminatoria o de cargo.

En definitiva, lo que hace el recurrente con su argumentación no es otra cosa que disentir de la valoración de la prueba efectuada en primera instancia.

1. Conforme venimos señalando en las sentencias núm. 635/2018, de 12 de diciembre; 470/2018, de 16 de octubre; y 77/2019, de 12 de febrero, entre otras, "la presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Conforme expone el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Además, aquéllas deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.

En consonancia con ello, el artículo. 6.1 de la referida Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.



A nivel nacional, el derecho a la presunción de inocencia está reconocido, con carácter de fundamental y rango constitucional, en el artículo. 24.2 de la Constitución Española ("Todos tienen derecho...a la presunción de inocencia").

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS 1125/2001, de 12 de julio).

Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento, hasta la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria en relación a aquellas sentencias dictadas en procedimientos tramitados al amparo de la legislación anterior, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria de cargo sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, lo que comprende el examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba y el proceso de formación y obtención de la prueba. Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias ( artículo 9.1 CE); o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio nemo tenetur ( STS 1030/2006, de 25 de octubre).

No se trata de que este Tribunal compare la valoración probatoria efectuada por la Audiencia y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo. Además, no es posible valorar nuevamente las pruebas personales, respecto de las cuales esta Sala carece de inmediación."

2. En el supuesto examinado la sentencia recoge una valoración expresa, detenida y detallada de las pruebas de cargo. Igualmente ofrece puntual y racional contestación a las cuestiones que son planteadas nuevamente por la defensa del acusado a través del desarrollo del presente motivo.

Aun cuando el testimonio de la víctima es la principal prueba sobre la que el Tribunal ha basado su convicción de culpabilidad frente al recurrente, no es sin embargo la única prueba que ha sido objeto de valoración.

Así, la Audiencia ha examinado en primer lugar la declaración del acusado quien, no obstante negar los hechos nucleares por los que ha sido condenado, no ha puesto de manifiesto ninguna circunstancia de la que pueda inferirse patología alguna en la víctima que pudiera llevarle a inventar o distorsionar los hechos, más allá de una atención psicológica entre los años 2005 y 2007 que no concreta. Junto a ello refirió una buena relación de él con la menor antes y después de que se separase de su madre, poniendo de manifiesto que la niña era "mentirosilla", que no se llevaba bien con la madre, la que no veía bien la relación de la menor con su novio Carmelo .

No parece que ninguna de estas circunstancias pueda ser determinantes para que Sagrario falte a la verdad al referir los hechos que imputa al acusado. Lejos de ello, lo que pone de manifiesto es una buena relación entre ambos, incluso mejor de la que pudiera tener la menor con su madre. No se vislumbra pues causa o motivo que pudiera llevar a Sagrario a perjudicar al acusado con su denuncia.

El Tribunal ha constatado además que en el momento del juicio Sagrario contaba ya con veintiún años de edad (habían pasado más de tres años desde la denuncia) y no ha apreciado ninguna alteración psicológica significativa.

Para llegar a esta consideración parte precisamente de que no se ha practicado una específica pericial a tal efecto. Sin embargo, tal conclusión es consecuencia precisamente del análisis de los informes obrantes en la causa, a los que también se refiere el recurrente, y del testimonio ofrecido por los psicólogos que la



atendieron en diversos momentos posteriores a los hechos. De todo ello colige el Tribunal la ausencia en Sagrario de alteraciones de la percepción o patología psiquiátrica fabuladora, y entiende que tuvo plena aptitud para efectuar un relato de los hechos vividos.

Excluye también motivaciones espurias. Parte de un hecho clave, como es que Sagrario no denunció los hechos sino que narró lo acontecido durante su infancia a la psicopedagoga que la atendía en el centro escolar donde cursaba sus estudios, tras varias reuniones con ella. Incluso, señala el Tribunal que, la psicopedagoga Sra. María Inés puso de manifiesto cómo al principio Erica explicaba lo acontecido "desde el cariño" e intentaba taparlo. Poco a poco la convenció para que hablara con su madre ya que ella no quería decírselo. Finalmente, tras indicar la Sra. María Inés a Sagrario que si no se lo decía tendría que intervenir ella, la preparó para el encuentro con su madre a la que finalmente de esta forma le comunicó lo que había sucedido.

Este intento por parte de Erica de ocultar los hechos se confirma con lo declarado por su madre, por su tía Flora, su exnovio Carmelo y sus amigas Guillerma y Martina (Flaca).

El testimonio de todos ellos pone de manifiesto, como describe el Tribunal, la intención de Sagrario de mantener todo en secreto, tapando los hechos ante su tía cuando a ésta le suscitó sospecha determinada manifestación efectuada por su hermano, y no dando más explicación a su exnovio y amigas que había sido objeto de abusos por parte del padre de su hermano sin querer ofrecer más detalles, pese que aquéllos insistieron en que se lo contase.

Además, el Tribunal rechaza cualquier tipo de ventaja que la víctima pudiera obtener. Destaca que el acusado no es su padre; cuando reveló los hechos ya no era pareja de su madre; no vivía con él y por tanto ninguna autoridad tenía sobre ella; contaba con 17 años de edad y llevaba una vida independiente derivada de la relación con su novio. En fin, ningún provecho, ni revancha o venganza parece que guiase la actuación de Sagrario al denunciar los hechos.

Tampoco se infiere que la denuncia tuviera por objeto llamar la atención. Le achaca el recurrente una especie de celos hacia su hermano que no ha sido puesto de manifiesto a través de las pruebas valoradas por el Tribunal. Del mismo modo no se entiende qué relación puede tener la denuncia con la posición que su madre pudiera tener respecto a su relación con su novio.

Tampoco se observa falta de racionalidad en la valoración que efectúa el Tribunal al apreciar la credibilidad objetiva de la víctima.

Precisamente la falta de vestigios físicos de los abusos y la buena relación que conservaba con el autor, incluso después de los actos delictivos y de la separación de su madre ha sido valorada por el Tribunal, quien ha partido para la valoración del testimonio de la dificultad que supone la denuncia tardía. Si ha observado sin embargo vestigios psíquicos derivados de los abusos, a través de la declaración de la psicopedagoga, su ex novio, sus amigas, así como a su forma de comportarse en el acto del Juicio Oral, ya con veintiún años y por tanto unos trece años después de los hechos. Tampoco ha observado el Tribunal contradicciones importantes en los testimonios que la misma ha ido prestando desde su denuncia inicial. El que explicara determinados hechos en declaraciones posteriores que no había reflejado en su denuncia, no implica que su relato sea inventado o fabulador. Por el contrario es típico en este tipo de situaciones y lo que pone de relieve es que no se trata de un relato aprendido que la víctima repita siempre en idénticos términos.

El Tribunal, en este sentido, ha valorado que su relato se centró en la evocación de recuerdos de la infancia que venían a su memoria. Refleja cómo se desarrolló su testimonio "(...) inició su declaración evidenciando una gran emoción tras preguntarle el Ministerio Fiscal acerca de lo que recordaba, mostrándose llorosa y presa de una gran perturbación, vertiendo de forma precipitada y conjunta los hechos vividos, sin secuencia temporal. Ello nos llevó suspender momentáneamente la declaración con la finalidad de que se tranquilizara y respondiera ordenadamente a las preguntas que se le podrían formular.

Cuando se reanudó la declaración se, mostró mucho más tranquila, respondiendo a las preguntas que sucesivamente le hicieron las partes, aportando mayores detalles según avanzaba el interrogatorio."

Asimismo la Audiencia ha advertido sinceridad en sus manifestaciones "por la forma segura de expresarse, la emoción que transmitía e incluso el lenguaje gestual que acompañó a sus respuestas". Esta impresión deriva de la inmediatez propia del acto del Juicio Oral. Pero lógicamente no se detiene ahí el Tribunal, sino que ha analizado los elementos obtenidos que le llevan a formar su convicción sobre la veracidad de lo declarado por Sagrario.

No se han advertido contradicciones. En relación a esta cuestión, el Tribunal ha tomado en consideración que "su relato respondía a evocaciones de hechos vividos en la infancia, por lo que fue plenamente admisible que no pudiera fijar los hechos temporalmente, sino tan solo de forma aproximada, pues recordaba que el



primer episodio ocurrió en 4º (referente temporal fundamental en la infancia) y precisó que por eso pudo saber que tenía aproximadamente ocho años; respecto del tiempo de duración y final de la comisión de los hechos dio unos referentes plenamente admisibles, como fueron que unas veces recordaba que le tapaba con el edredón que tenía jirafas y otras que la tapaba con la sábana, por lo que se produjeron en invierno y en verano, refiriéndose incluso al pijama "cortito" de Hannah Montaña.. Dijo también que cuando cursaba sexto, ya no pasaba y que a partir de que le salieron "pelitos" ya 'no tiene mas recuerdo de que le hiciera eso.

Fue también plenamente admisible que no determinara la secuencia ordenada de los hechos y que recordara con mayor nitidez el primero, del que hizo una descripción rica en detalles, como que estaban viendo la televisión, que dejó a su hermano-en el salón, que la llevó a la habitación en la que dormía con su hermano en dos literas; describió incluso gestualmente como retiró la litera de abajo con ruedas en la que dormía su hermano y como la apoyó en la pared; que la tumbó, le bajó los pantalones, le tocó y le chupó los genitales.

Es totalmente lógico que se disipe. el recuerdo secuencial de un menor sometido durante tiempo a actos de contenido sexual con penetraciones diversas y que ese recuerdo venga íntimamente unido al dolor y al asco. (...). Analiza también los actos sexuales que son referidos por la víctima y concluye estimando que no se aprecian "visos de un discurso aprendido, sino del recuerdo de hechos vividos que afloraban a su mente, pues el relato estuvo plagado de detalles absolutamente lógicos en plano de la evocación de la infancia, como el estampado del edredón con el que la tapaba (las jirafas), el pijama que vestía, la sábana con la que la tapaba otras veces, el "guante" que notaba, el dolor cuando la penetraba, la sangre cuando la penetró analmente e incluso el asco que sintió cuando le metió el pene en la boca. Por ello, no hay atisbo alguno que permita encontrar en el relato de Sagrario una motivación distinta a la propia realidad de los hechos."

También ha contrastado sus declaraciones apreciando persistencia en su declaración. Ofrece contestación a cada una de las cuestiones que plantea en este momento el recurrente. De esta forma ha constatado que la víctima "Desde el momento de la denuncia relató que el acusado la tocó y chupó la vagina, la penetración bucal y la anal; es cierto que manifestó más adelante en el juzgado que existieron penetraciones vaginales (no completas), pero eso no afecta a su credibilidad, pues debe tenerse en cuenta que los actos sexuales perduraron en el tiempo y que, como dijo la testigo Sra. Susana , el menor va evocando recuerdos, por lo que las variaciones en matices o descripción mas detallada de lo que vivió durante el periodo de tiempo en que sufrió los ataques sexuales no puede entenderse como contradicciones esenciales en su relato.

Tampoco constituye una contradicción esencial que Sagrario situara el primer episodio cuando cursaba cuarto de primaria y que en la fase sumaria! se hubiera referido al tercer curso, porque la evocación temporal era aproximada, pues atendiendo a la edad que tenía entonces no se puede exigir la fijación exacta de los hechos en el tiempo.

Consecuentemente, damos total credibilidad a Sagrario en el conjunto de su relato y consideramos que su declaración ha sido suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del acusado, por lo que llegamos a la rotunda convicción de' que los hechos se produjeron de la forma expuesta en el factum de esta resolución."

Por último, como anticipábamos, aun cuando no se ha practicado pericia psicológica en relación a Sagrario , el Tribunal ha podido oír a varios psicólogos que la habían explorado por diversos motivos, comprobando cómo todos coincidieron en que respondía al perfil de "abusada". "(...) así lo manifestó Teodulfo (educador social del Ayuntamiento de DIRECCION001 ); Agueda (psicóloga clínica del SIE del Baix Llobregat) que dijo que ella fue la que transmitió la información para la realización del informe obrante a los folios 306 a 309 tras tener sesiones con Sagrario desde mayo a noviembre de 2015, manifestando en el juicio que concluyó que el abuso sexual era probable porque se detectó miedo, culpa y ambivalencia en relación al padrastro; y Susana (psicóloga del SIE del DIRECCION005 ) que dijo que tuvo sesiones con Sagrario a partir de enero de 2016 hasta septiembre de 2018, que fue ella la que elaboró el informe obrante a los folios 306 a 309 y que el relato de Sagrario era compatible con el abuso sexual por la DIRECCION003 , el miedo a las consecuencias para su madre y hermano, la angustia y la culpabilidad, precisando que los menores abusados tienen lagunas de memoria y que a veces evocan recuerdos cuando tienen las primeras relaciones con sus parejas (depuso también como testigo el, psicólogo Baltasar del CSMIJ de DIRECCION000 que ratificó el informe de alta obrante al folio 323 en el que consta que la menor, que había iniciado las sesiones en enero de 2015, también explicó la situación de abuso sexual, pero de su contenido se desprende que fue después de la denuncia pues fue derivada a la UFAM)."

También ofrece contestación a las preguntas que se hace el recurrente las buenas relaciones que conservaron después de los actos delictivos y de la separación de su madre. En este sentido razona el Tribunal que "No resta coherencia a Sagrario que durante y después de los hechos mantuviera una relación familiar aparentemente normal con Conrado (lo manifestó también la hermana del acusado, Montserrat ), puesto que como hemos



dicho anteriormente no es infrecuente que el menor que sufre abusos sexuales se comporte así cuando su agresor pertenece a su círculo familiar (en este caso su padrastro con el que convivía), máxime en el presente caso en el que se detectó que quería mantener los hechos en secreto (coincidieron en ello sus amigos infantiles y la psicopedagoga del colegio) y tenía gran preocupación y miedo, como dijo la testigo Susana, por las consecuencias que el conocimiento de los hechos pudieran producir en su madre y sobre todo en su hermano (hijo biológico. de Conrado)."

Todo ello pone de manifiesto cómo el Tribunal de instancia ha procedido a realizar una valoración ponderada, racional y razonable de todas las pruebas lícitas practicadas con la intervención de las partes, analizando una por una, tanto las aportadas por las acusaciones como también por la defensa. Y ofrece una explicación lógica de los motivos por los que da mayor o menor credibilidad a cada una de ellas y porqué rechaza otras.

En definitiva, el Tribunal de instancia ha llegado a la conclusión plasmada en la sentencia a través de pruebas válidas, sometidas a contradicción y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditada la participación del acusado en los hechos por los que ha resultado condenado; pruebas que, además, han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal a partir de las circunstancias relatadas. Se trata en definitiva de una conclusión valorativa ciertamente racional y razonada, careciendo esta Sala de casación de motivos para invalidarla.

Tal y como ya ha sido expresado más arriba, esta Sala viene señalando de forma reiterada (auto núm. 1133/2018, de 6 de septiembre, con expresa remisión a la sentencia 689/2014, de 21 de octubre), que "el control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo", como, en efecto sucede en el caso que nos ocupa. Continúa el citado auto señalando que "en cuanto a la tesis alternativa planteada por el recurrente, hemos afirmado en numerosos precedentes ( STS 636/2015, de 21 de octubre, entre otras), que nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal a quo. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba", al igual que acontece en el presente caso, de conformidad con lo expuesto en los párrafos precedentes.

Conforme a lo expresado, el motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.-** El segundo motivo del recurso se formula por vulneración del derecho fundamental a la prueba del art. 24 CE en relación con los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim.

Denuncia que no haya sido admitida la segunda parte de la prueba pericial emitida por el Dr. D. Paulino y D<sup>a</sup> Lorena. La denegación estuvo motivada porque la citada prueba había sido realizada por dos peritos con cualidades profesionales distintas y porque no es una pericial psicológica o psiquiátrica sino una especie de valoración probatoria. No obstante, señala que finalmente, en trámite de cuestiones previas al inicio del juicio, fue admitida la parte de la prueba que versaba sobre el análisis psicológico del acusado.

Tras exponer la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre la pertinencia y admisión de la prueba, señala que en el caso presente la veracidad del testimonio es la única prueba de cargo existente, por lo que ninguna prueba pericial que verse o desarrolle este aspecto puede ser considerada superflua. Añade que si bien la prueba pericial puede no tener la cualidad de ser necesariamente definitiva, valorada en su conjunto, puede ayudar a formar la opción del Tribunal, así como que el hecho de que el perito sea un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional y no alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria, no debe ser impedimento para restar de validez y innecesaridad su práctica, teniendo en cuenta el material probatorio existente.

Concluye señalando que lo relevante es que la prueba inadmitida podía haber aportado datos que hubieran podido auxiliar a la Sala, ayudándole a completar un juicio de credibilidad de la víctima, sobre todo ante la inexistencia de pruebas periciales que analicen la personalidad de quien aduce ser víctima del hecho delictivo.

El noveno motivo del recurso se formula por quebrantamiento de forma, conforme a lo preceptuado en el art. 850. 1 LECrim, al haber denegado una diligencia de prueba, consisten en la segunda parte de la prueba pericial elaborada por el Dr. D. Paulino, especialista en psiquiatría y medicina legal y D<sup>a</sup>. Lorena, psicóloga. En el mismo



reproduce los razonamientos expuestos en el desarrollo del motivo segundo. Procederemos por tanto a su resolución conjunta.

1. Es generalizada la doctrina de esta Sala en relación a la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio de personas adultas.

Aun cuando la citada prueba pericial podrá ser plenamente acordada para menores, o aun siendo adultos, cuando el grado madurez del mismo sea inferior a su edad, sin embargo resulta impertinente e innecesaria para adultos.

De esta forma, señalábamos en la sentencia núm. 705/2016, de 14 de septiembre, con referencia a la sentencia núm. 841/2015, que la pertinencia de la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio de personas adultas, ha sido ya tratada por esta Sala de casación y resuelta en sentido negativo, porque dicha valoración corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia.

Así, en aquélla, citando la sentencia núm. 883/2009, recordábamos que "conviene tener presente, que el acusado hace depender buena parte de su estrategia de defensa del desarrollo de una prueba sobre el grado de verosimilitud de la víctima que es más que cuestionable. Toda razón le asistiría en sus alegaciones si el Tribunal a quo hubiera formado convicción y llegara a formular el juicio de autoría con el exclusivo respaldo de la opinión de unos peritos. El fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos ( art. 456 LECrim). Apreciar significa precisamente ponderar el valor de las cosas. El discurso argumental de la parte recurrente tiende a subvertir la naturaleza procesal de la prueba pericial, atribuyendo a ésta un alcance prácticamente definitivo. El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional. Pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria. Los doctores agotaron la función que les es propia expresando su opinión acerca del perfil psicológico de la víctima. El Tribunal a quo asumió la suya pronunciándose sobre el juicio de autoría con el respaldo de las pruebas -directas e indiciarias- ofrecidas por la acusación. Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudoponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar a desplazar la capacidad jurisdiccional para decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado (cfr. STS 485/2007, 28 de mayo)".

En los casos tratados en aquéllas sentencias ocurría algo similar que lo que acontece en el supuesto que es ahora objeto de examen. Se trata de una testigo que temporalmente sitúa los hechos como acaecidos cuando contaba con unos ocho años de edad, produciéndose la denuncia nueve años después. Cuando declaró en el juicio contaba ya con veintiún años. Por ello, la pericial interesada resultaba irrelevante y, por ello, improcedente, en atención al tiempo transcurrido desde que sucedieron los hechos y la edad de la testigo. Además, su valoración corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia.

Como expresábamos en aquellas sentencias, exigir una prueba pericial de credibilidad del testimonio, "sería tanto como pedirla para auxiliar al Tribunal en la interpretación de la norma jurídica o en la valoración de una prueba documental. Podrán darse supuestos excepcionales en los que el Tribunal entendiese conveniente una prueba de esta naturaleza cuando igualmente concurren en la persona sujeta a declaración circunstancias especialísimas que precisen la aportación de un conocimiento científico sobre determinados aspectos de la personalidad del sujeto, lo que desde luego no sucede en este caso. El medio de la defensa para cuestionar la credibilidad de un testigo es aportar hechos o circunstancias que contradigan efectivamente su versión, valoración, insistimos, que corresponde solo al Tribunal ex artículo 741 y 717 ambos LECrim, teniendo en cuenta las reglas del criterio racional.

Cuestión distinta es cuando se trata de menores de corta edad porque en aras a la protección de los mismos y de las demás partes del proceso el legislador considera la intervención de expertos dirigida más que a la credibilidad del contenido de su declaración a la comunicación o exploración de aquéllos. Decíamos en la STS 713/2015, fundamento de derecho primero, 2.2 ., que "cuando se trata de menores, ya hemos reflejado como la legislación ( Ley 4/2015, artículo 26.1, y antes artículo 433.3 LECrim, redactado por la Ley 8/2006) prevé con insistencia la intervención de expertos, sujeta desde luego a la decisión judicial, al objeto de facilitar su exploración o declaración como medida de protección de los mismos y también en interés del resto de los intervinientes en el proceso penal; por último, es cierto que la legislación, como hemos visto se refiere concretamente a las diligencias de exploración o declaración, y no expresamente a la prueba pericial psicológica, pero esta será conveniente con mayor razón cuando no se considere necesaria la participación de expertos en el interrogatorio en aquellos casos en que la madurez de la víctima está en fase de desarrollo incipiente, donde no solo se dilucida un problema de credibilidad sino también de influencias



ajenas o determinación del entorno, siendo la información pericial más que conveniente necesaria cuando no existen corroboraciones objetivas y solo distintos testimonios de referencia interesados.

Esta doctrina excluye por lo tanto por impertinente e innecesaria la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del acusado adulto cuando no existen ni se alegan razones especialísimas que muestren una personalidad patológica, caso en el que no se trata ya de la prueba psicológica interesada sino de un informe psiquiátrico sobre la capacidad de culpabilidad del sujeto y no de su credibilidad."

Igualmente, hemos declarado ( STS 96/2006, de 7 de febrero) que se trata de una prueba generalmente innecesaria y contraproducente, que puede derivar en una investigación fuera de lugar acerca de la personalidad, con posibilidad de vulnerar el derecho de la intimidad, produciendo el doble efecto del sufrimiento producido por el delito y el posterior del sometimiento a una indagación exhaustiva de circunstancias personales, lo que conlleva a una victimización judicial secundaria.

En el mismo sentido, en relación a la pericial psicológica sobre la veracidad de las declaraciones prestadas, recordábamos en la sentencia núm. 238/2011, de 21 de marzo que "no corresponde a los psicólogos establecer tal cosa, que es competencia del Tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas. Cuestión distinta es la relevancia que en la valoración de la credibilidad del testigo, -sea víctima o sea un tercero- pueden tener sus condiciones psico- físicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc. Y es esto y no la veracidad misma del testimonio, lo que puede ser objeto de una pericia.

En este sentido la sentencia de esta Sala de 19 de febrero de 2010 señaló que los estudios psicológicos sobre la veracidad de los testimonios de las víctimas cuando son favorables a ella no implican que haya de creer el Tribunal a la testigo, ni que no haya de hacerlo cuando el dictamen apunta a la fabulación, pues a los Jueces compete medir y valorar el alcance probatorio de los testigos como parte esencialísima de su función juzgadora. Pero es claro que ilustran científicamente acerca de determinados rasgos de la personalidad del testigo. Por lo tanto lo relevante en esos estudios es la posible detección de la tendencia fabuladora, que es, en cuanto patología o rasgo perceptible para un experto, lo que tiene significación cuando existe y se diagnostica en la pericia

Conforme a esta doctrina, descartadas las situaciones patológicas extremas, la determinación de la credibilidad de un testimonio corresponde al órgano sentenciador, que ostenta la intermediación y la última apreciación de convicción. No obstante, en ocasiones pueden llevarse a cabo este tipo de pericias psicológicas cuando los testigos y/o víctimas son de corta edad. Pero en ningún caso pueden vincular al juez o tribunal ni sustituirlo en su exclusiva función valorativa, aunque sí pueden aportarle criterios de conocimiento psicológico especializado sobre menores de edad y pautas de su posible comportamiento que le auxilien en su labor jurisdiccional.

2. En nuestro caso, como ya hemos expresado, la víctima ya era adulta cuando denunció los actos de que había sido objeto por el acusado cuando aquélla contaba con ocho años de edad. Junto a ello los psicólogos que por diferentes motivos la han examinado no señalaron que presentara cuadro alguno de tendencia a la fabulación o una personalidad patológica. No existía por ello base alguna para estimar adecuada y procedente una pericia sobre la veracidad de lo declarado, que, insistimos, es competencia del Tribunal. Además, como expone el Tribunal, el informe elaborado por el Dr. Paulino y la psicóloga Sra. Lorena superaba los límites de una pericia, dado que su actuación se limitó a efectuar una valoración de las diligencias sumariales practicadas, concretamente de la declaración sumarial de Sagrario , sin llegar a examinarla ni a entrevistarse con ella. La prueba por tanto fue correctamente inadmitida.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** El tercer motivo del recurso se formula por vulneración del derecho fundamental a la prueba del art. 24 CE en relación con los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim.

La queja se contrae a la admisión de prueba interesada por la acusación como cuestión previa al inicio del Juicio Oral, consistente en la declaración como testigos de D<sup>a</sup>. Agueda y D<sup>a</sup>. Susana . Mediante escrito presentado el día anterior por la Acusación Particular se había interesado la testifical de la psiquiatra Agueda (siendo que ésta es psicóloga) para que ratificara el informe obrante en las actuaciones a folio 309 de la causa.

Considera que tal admisión ha sido extemporánea y sin ningún tipo de justificación vulneran el derecho a la igualdad de armas y el derecho a la tutela judicial efectiva. Alega que la aparición ex novo, el día del inicio de la vista oral (aunque posteriormente fuese suspendida y acordada para los días 19 y 20 de abril) constituye una anomalía y le genera una grave indefensión, a tenor de que la defensa del acusado organiza su despliegue de prueba en el escrito de conclusiones provisionales de forma coherente y global, a la vista del escrito de



acusación. El hecho de que tras la admisión de la prueba se permita proposición de una prueba adicional sin justificación altera esta igualdad de armas.

Alega también que las testigos fueron citadas de forma errónea, con una cualificación profesional equivocada, y además, ratificaron un informe que no está firmado y se desconoce con exactitud su autoría.

Igualmente se queja de que no fuese visionada en el juicio la grabación del menor Jacinto, hermano de Sagrario, lo cual a su juicio quebrantó de nuevo la igualdad de armas y favoreció la posición estratégica de la acusación, en perjuicio de la posición defensiva generándole indefensión.

A este extremo se refiere también el recurrente en el décimo motivo del recurso. Formula este motivo por quebrantamiento de forma, conforme a lo preceptuado en el art. 850. 1 LECrim, al haber denegado una diligencia de prueba, consisten en la decisión de no visionar en el juicio oral la grabación de la exploración preconstituida del menor Jacinto, pese a haber sido previamente admitida en el auto de fecha 8 de octubre de 2018.

Expone que la declaración del menor que fue prestada ante el EAT Penal (Asesoramiento técnico penal) en fecha 9 de octubre de 2015 difiere completamente de la declaración que efectuó el menor en el juicio oral y ello hubiera podido servir para desplegar una prueba de descargo, a la que no se le ha permitido acceder. Indica que, en aquella declaración, al igual que lo hiciera en la su declaración ante la policía, el niño siguió relatando conductas anómalas y acusando a su padre, y sobre todo incrementando o corroborando la versión de su hermana. Sin embargo, el Juez instructor no le confirió credibilidad procediendo a sobreseer cualquier actuación que tuviera como sujeto pasivo al menor, lo cual, a su juicio es relevante porque puede hacer cuestionar también la versión de Sagrario. Añade que, en el Juicio, Oral Jacinto declaró unos hechos completamente diferentes a los que había declarado el día de la declaración ante el EAT Penal no recordaba nada y que él no sabía nada, mientras que en el EAT Penal declaró que el padre le obligó por la fuerza a desnudarse, que espiaba a su hermana, que les vigilaba siempre cuando se estaban duchando tanto el cómo su hermana, que les amenazaba, que les coaccionaba.

1.1. Esta Sala ha aceptado la incorporación de la Audiencia Preliminar del art. 786 LECrim. También para el procedimiento de sumario. Al respecto, basta la cita de las sentencias de esta Sala de 17 de diciembre de 1998, 6 de julio de 2000, 10 de octubre de 2001, 1060/2006 ó 1107/2006, entre otras ( STS 679/2010, de 7 de julio).

Como de forma brillante recuerda la sentencia objeto de recurso, en el proceso ordinario, la LECrim solo permite la proposición de prueba por las partes a través de la petición en el escrito de calificación y de las listas de testigos y peritos que se acompañen ( art. 650 y 656 LECrim). En el mismo sentido, el art. 728 LECrim determina que no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas, con las excepciones previstas en el art. 729 LECrim.

Con todo, incluso en el sumario, desde hace tiempo la citada regulación no ha sido entendida como una prohibición absoluta de proposición de prueba al margen del escrito de calificación, puesto que el principio de preclusión que rige las exigencias temporales del proceso penal no constituye un fin en sí mismo, sino que tiene una naturaleza instrumental para permitir la ordenación de las distintas fases con pleno respeto a los principios de igualdad y prohibición de la -indefensión (Vid. STS 912/2016, de 1 de diciembre).

En conclusión, como recuerda el Ministerio Fiscal, hay que declarar expresamente la posibilidad de presentar petición adicional de prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional, en el sumario ordinario, siempre que:

- a) Esté justificada de forma razonada.
- b) No suponga un fraude procesal y
- c) No constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión.

Sobre la factibilidad de extender esa posibilidad de proponer prueba en el inicio del juicio oral al sumario, también la STS de 1.12.2016, recuerda lo siguiente:

"Sobre si esta posibilidad es aplicable al sumario ordinario, la STS. 94/2007 de 14.2, insiste en dar una respuesta positiva, y ello por las siguientes razones:

- a) Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico; sería un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, oralidad y en definitiva un incremento de las garantías no puede extenderse al procedimiento por sumario, cuya regulación se mantiene en este aspecto desde la promulgación de la LECrim. con fecha de 14 de Septiembre de 1882.



b) Porque precisamente, el mandato constitucional contenido en el art. 120-3º de que el Procedimiento –sobre todo en material criminal– será predominante oral tiene una mayor realización y amplitud, precisamente en la Audiencia Preliminar que se comenta.

c) Porque, en fin, esta línea proclive a extender la Audiencia Preliminar al Procedimiento Ordinario Sumario, que la práctica judicial lo ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala como lo acredita, entre otras, las SSTS de 10 de Octubre de 2001 ó la 2/98 de 29 de Julio, en las que se estimó como correcta la actuación del Tribunal de instancia que en procedimientos de Sumario abrió un debate sobre la nulidad de determinadas pruebas suscitadas, en este trámite, por las defensas. Obviamente, si se admite la validez de la Audiencia Preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, es claro que también debe aceptarse que, en el ámbito de dicho acto, se puede proponer nueva prueba".

1.2. En el supuesto de autos, la prueba propuesta por la acusación al inicio de las sesiones de juicio reiteraba en parte la petición efectuada por escrito el día anterior al inicio de la vista. En el citado escrito interesaba la testifical de la psiquiatra D<sup>a</sup>. Agueda para que ratificara el informe de fecha 7 de junio de 2016 del Servicio Especializado del Baix Llobregat que obra al folio 309 de la causa. En la vista rectificó la mención en cuanto a la cualificación profesional de la Sra. Agueda, aclarando que era psicóloga y no psiquiatra, e interesó también la declaración de la también psicóloga, D<sup>a</sup>. Susana, a quien asimismo relacionó con el citado informe.

No se trataba de una prueba sorpresiva pues la misma incidía sobre un informe obrante en autos y tenía por objeto, lógicamente, aclarar y concretar los extremos contenidos en el mismo. Además, quedó debidamente delimitado su objeto así como la identidad y cualificación profesional de las personas que habrían de prestar declaración. Por ello la propuesta era razonable y no suponía fraude procesal.

Tampoco su admisión y práctica supuso vulneración de los principios de contradicción e igualdad de armas ni indefensión para la defensa. Ésta conocía sobre qué hechos en concreto iban a declarar los testigos propuestos (informe obrante al folio 309 de autos). A través del escrito presentado y de las manifestaciones efectuadas por la Acusación Particular en el acto de la vista, la defensa conoció que las citadas testigos habían intervenido en la elaboración del informe que obraba al folio 309 de las actuaciones. Y es precisamente sobre el contenido de este informe sobre lo que las testigos declararon en el Juicio Oral, tras confirmar que ambas eran psicólogas del SIE del DIRECCION005, D<sup>a</sup>. Agueda, psicóloga clínica, quien aclaró que ella fue la que transmitió la información para la realización del informe obrante a los folios 306 a 309 tras tener sesiones con Sagrario desde mayo a noviembre de 2015; y D<sup>a</sup>. Susana, psicóloga, que declaró que tuvo sesiones con Sagrario a partir de enero de 2016 hasta septiembre de 2018, y que fue ella la que elaboró el informe obrante a los folios 306 a 309.

Por último, el Tribunal, a fin de evitar cualquier mínima indefensión que pudiera derivarse del desconocimiento hasta ese momento de la identidad del profesional que firmó el documento obrante a los folios 308 y 309, y a fin de garantizar al máximo el principio de igualdad de armas, decidió suspender el juicio hasta el día 19 de marzo de 2019, concediendo con ello a la defensa más de tres meses "para que pudiera preparar el interrogatorio de las repetidas testigos e, incluso, como se le dijo expresamente en el acto, para que pudiera proponer, si así lo considerara, una contraprueba antes del inicio de las propuestas sesiones del juicio".

2. De igual forma, no puede ser atendida la queja que efectúa el recurrente por no haber sido visionada en el juicio la grabación del menor Jacinto, hermano de Sagrario realizada en el juzgado de instrucción como prueba preconstituida conforme a lo dispuesto en el art. 448 LECrim.

2.1. En relación a la forma de proceder en el examen de testigos en los casos de menores que aparecen como presuntas víctimas de delitos contra la indemnidad sexual, señalábamos en la sentencia núm. 663/2018, de 17 de diciembre que "Con carácter general, se decía en la STS nº 742/2017, de 16 de noviembre, FJ 1º.3, que "el derecho a un proceso con todas las garantías exige, como regla general, que los medios de prueba se practiquen en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e intermediación (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3, o 174/2011, de 7 de noviembre, FJ 3); aunque la necesidad de ponderar el citado derecho fundamental con otros intereses y derechos dignos de protección permite modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, siempre que se hallen debidamente justificados en atención a esos fines legítimos y, en todo caso, que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. Como recuerda la STC 174/2011, de 7 de noviembre, "dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado" ( STC 75/2013, de 8 de junio)".



Como se recordaba en la STS nº 568/2017, de 17 de julio, esta Sala ya se ha pronunciado con anterioridad en numerosas ocasiones acerca de las cautelas que deben ser adoptadas cuando es necesaria la exploración de un menor, para hacer compatibles los derechos de defensa del acusado y la protección del interés del menor, especialmente cuando se trata de víctimas de delitos contra la indemnidad o la libertad sexual. La cuestión se examina, entre otras, en la STS nº 598/2015, de 14 de octubre, en la STS nº 366/2016 de 28 de abril o en la STS nº 750/2016, de 11 de octubre, cuya doctrina se da ahora por reiterada. En ellas se hacía referencia a dos cuestiones diferentes. De un lado, la forma de proceder en los casos de menores que aparecen como presuntas víctimas de delitos contra la indemnidad sexual, y de otro, respecto de los casos en los que es posible prescindir de la declaración o exploración del menor en el plenario, sustituyéndola por el visionado de la grabación de la exploración realizada en la fase de instrucción, correctamente y con todas las garantías, de acuerdo con las exigencias contenidas en aquellas sentencias.

En todas ellas, después de examinar la cuestión y señalar la correcta forma de proceder, se afirma de modo claro que, como regla general, la prueba consistente en la declaración testifical de los menores víctimas de los hechos, debe ser practicada mediante su exploración o declaración en el plenario, bajo los principios de inmediación y contradicción, y solo cuando esta forma de proceder esté desaconsejada en atención a la preservación de la salud psíquica del menor, suprimiendo los riesgos ciertos de victimización secundaria del mismo, generalmente acreditados mediante un informe pericial médico, es lícito acudir a la prueba preconstituida, procediendo entonces al visionado y audición de la grabación de la exploración que haya sido realizada correctamente en sede de instrucción, dirigida por el Juez, con el concurso de expertos y con presencia y posibilidad de intervención de las partes. Pero se advierte en esas sentencias que no es lícito convertir la excepción en regla general, de forma que solo se podrá prescindir de la declaración directa en el plenario cuando esté suficientemente justificado. Doctrina que ha sido reiterada en sentencias posteriores, concretamente, STS nº 742/2017, de 16 de noviembre o en la STS nº 568/2018, de 8 de noviembre.

Por lo tanto, en principio, la declaración de los menores víctimas de los hechos, como cualquier otra prueba testifical, debe practicarse en el plenario bajo los principios de inmediación, contradicción y oralidad, sin que ello excluya la adopción de medidas de protección previstas ya expresamente en la ley procesal ( artículo 707 LECrim).

Con la finalidad de asegurar la indemnidad psíquica de los menores, puede partirse de la base de que es necesario valorar si la comparecencia a juicio puede provocar una segunda victimización que les pueda causar perjuicios de aquella índole. La utilización como prueba de la exploración practicada en la instancia con las garantías exigidas por la ley y por la doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta Sala, prescindiendo de la declaración directa del testigo menor de edad, víctima de los hechos, está justificada cuando se aprecie la concurrencia de una causa legítima, pues en otro caso no estaría justificada la restricción de los derechos del acusado a un juicio justo.

En este sentido se puede valorar la existencia de un riesgo serio para su salud psíquica, estabilidad emocional, o para el correcto desarrollo de su personalidad. Al denegar la práctica de la exploración de los menores víctimas de los hechos, es preciso tener en cuenta su edad, las características de los hechos y la existencia de elementos que acrediten los riesgos antes expuestos. Este último aspecto generalmente se constata mediante una adecuada valoración por el Tribunal de los pertinentes informes médicos; pero nada se opone a que el Tribunal lo aprecie teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, especialmente en relación con la edad de los menores. A ello se hace referencia en la STS 538/2018, de 8 de noviembre, FJ 1.B; en la STS nº 468/2017, de 22 de junio, FJ 3º.3.a); y STS 415/2017, de 8 de junio, FJ 5.3, entre otras.

En el mismo sentido, el TEDH, en la STEDH 24 de mayo de 2016, § 47 y 48, Przydzial c. Polonia, consideró justificada por una razón grave, la ausencia en la vista de una víctima de violencia sexual, menor de edad de 14 años que en la investigación preliminar, había sido oída en tres ocasiones por los investigadores y una por la autoridad judicial, aunque la defensa no fue informada de que las audiencias se llevarían a cabo. La víctima no asistió a la vista, pues resultaba de los informes médicos que corría el riesgo de perjudicar a su salud, lo que fue verificado por el Tribunal."

2.2. En el caso de autos, el menor Jacinto había declarado en instrucción conforme a las previsiones contenidas en el art. 448 LECrim. Sin embargo, al proponerse por las partes su comparecencia personal en el acto del juicio, el Tribunal estimó que su comparecencia en aquel acto, para declarar sobre los hechos enjuiciados que se referían exclusivamente a los abusos a los que había sido sometida su hermana Sagrario, no entrañaba un serio riesgo para su salud psíquica, estabilidad emocional, o para el correcto desarrollo de su personalidad. Para ello atendió a la edad de Jacinto, a quien faltaban unos tres meses para alcanzar la mayoría de edad.



Con ello se aseguraba la práctica de la prueba en el acto del Juicio Oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación

Como consecuencia de ello, la grabación cuya visualización en el juicio se interesaba, que constituía la documentación de una prueba preconstituida, ya no era necesaria al haber prestado el menor declaración en el juicio oral.

Pero es que, además, en esta ocasión, a diferencia de lo que suele ocurrir en la mayoría de los casos, la visualización del video podía afectar a su intimidad y a su integridad psíquica, teniendo en cuenta que en la exploración que había sido grabada en la fase de investigación se habían abordado determinadas preguntas relacionadas con la posibilidad de que Jacinto hubiera sufrido también abusos por parte de su progenitor, lo que finalmente no fue objeto de imputación.

Era procedente pues actuar como lo hizo el Tribunal, practicando la prueba testifical en el plenario bajo los principios reseñados de publicidad, intermediación, contradicción y oralidad. De esta forma las partes pudieron explorar al menor reproduciendo y ampliando cuantas cuestiones fueron planteadas en la exploración practicada ante el instructor. Además, el recurrente se limita a señalar que el visionado de la grabación era relevante para acreditar su tesis defensiva porque podía hacer cuestionar también la versión de Sagrario, pero no indica de qué manera se le ha limitado su defensa. No expresa queja alguna sobre limitaciones que le fueran impuestas en la exploración practicada en el Juicio Oral. En aquel acto pudo preguntar al testigo sobre las contradicciones observadas entre lo declarado ante el EAT Penal y lo declarado en el juicio y explicar los motivos por los que, a su juicio, tales contradicciones o cualquier otra circunstancia podían llevar también a dudar sobre la veracidad de lo declarado por Sagrario.

Así las cosas, el motivo no puede prosperar.

**QUINTO.-** El cuarto motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por indebida aplicación de los arts. 182.1 y 2, en relación con los arts. 181 1 y 2 y 180.1.4º CP.

Remitiéndose al motivo primero del recurso, reitera que no existe prueba de cargo en la que se sustentan el comportamiento típico que se le atribuye.

Siendo así, y con el fin de evitar reiteraciones innecesarias, damos aquí por reproducidos los argumentos y conclusiones desestimatorias plasmadas en el fundamento segundo de esta sentencia.

**SEXTO.-** Los motivos quinto, sexto, séptimo y octavo del recurso se formulan por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECrim, por error en la valoración de la prueba.

En el motivo quinto alega que se ha ignorado la primera parte informe pericial emitido por el Dr. D. Paulino y Dª. Lorena.

Tras reiterar la queja ya formulada a través del segundo motivo del recurso relativa a que no haya sido admitida la segunda parte de la prueba pericial emitida por el Dr. D. Paulino y Dª Lorena y de describir la pedofilia, su categorización en el Manual de Diagnóstico de los Trastornos Mentales (DSMIV) y las características del pedófilo, expone los resultados de los test que le han sido realizados y las conclusiones alcanzadas por los peritos quienes describen que no cumple criterios propios del típico abusador sexual, dado que tiene empatía por los demás, se interesa por los problemas ajenos, no tiene rajos psicopáticos ni egocéntricos, ni utiliza las técnicas de seducción propias de un abusador sexual. También han señalado que se encuentra dentro del límite de la normalidad, sin tender a la fabulación, no evidenciamos en el mismo trastorno significativo de personalidad que pueda afectar a su credibilidad o a impulsarle de forma irrefrenable a ejecutar actos propios de violencia.

Se trata a juicio del recurrente de un diagnóstico realizado en base a criterios clínicos, y emitido después de efectuarle tres entrevistas, una exploración clínica, prueba y análisis documental.

En el sexto motivo expone que en el informe emitido por las psicólogas Dª Agueda y Dª Susana, testigos que prestaron declaración en el Juicio Oral, se hace constar que en ningún caso es función del "SIE" realizar diagnósticos clínicos ni periciales, puesto que su función se centra en la prevención, sensibilización y la implicación comunitaria. Por ello estima que la Sala no debió tomar en consideración el informe elaborado por aquéllas, entendiendo en base al mismo que la niña se corresponde con el perfil de abusada.

En el motivo séptimo se refiere a las calificaciones escolares de la menor durante el periodo en que se sitúan los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento. Estima que no es posible que la perjudicada en el momento de los hechos tuviera unas calificaciones escolares satisfactorias difícilmente compatibles con un escenario de abuso sexual con acceso carnal continuado.



En el octavo motivo se refiere a las conversaciones de whatsapp entre el acusado y la madre de la menor que a su juicio reflejan una adolescencia con una relación compleja con su novio en aquel entonces y que además su madre y su padrastro no veían con buenos ojos esa relación puesto que la niña estaba muy alterada, decía muchas mentiras y el ambiente sobre todo con la madre era muy tenso.

1. Como señalábamos en la sentencia núm. 780/2021, de 14 de octubre, con referencia a las sentencias núm. 200/2017, de 27 de marzo; y 362/2018, de 18 de julio, "el espacio en el que puede operar el motivo de casación previsto en el artículo 849.2 LECrim se circunscribe "al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza como si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron."

Pero no solo esto. El éxito del motivo reclama, además, que se den determinadas condiciones de producción: primera, ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; segunda, ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material a la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; tercera, no cabe una revalorización del cuadro probatorio para de ahí atribuir el valor reconstructivo que la parte pretende atribuir al documento; cuarta, muy vinculada a la anterior, el dato que el documento acredita no debe entrar en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración; quinta, el dato documental que contradiga el hecho probado debe tener virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo en la medida que puede alterar los términos del juicio de subsunción."

2. Parte de la queja del recurrente ya ha obtenido contestación en el fundamento tercero de la presente resolución al que por ello expresamente nos remitimos.

Debe añadirse en este momento que los documentos citados por el recurrente carecen de la condición de literosuficiencia. Su lectura no conduce de forma inequívoca a la conclusión de que el Juzgador haya valorado erróneamente la prueba.

Reiterada la Jurisprudencia de esta Sala que admite excepcionalmente la virtualidad de los informes periciales para modificar los hechos, cuando: a) exista un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponga la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos y se estime el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere su sentido originario; o b) cuando se cuenta sólo con dicho dictamen, o dictámenes coincidentes, y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con los de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. El informe, en suma, ha de patentizar el error denunciado, no estar contradicho por otras pruebas y ser relevante para la resolución del caso.

Sin embargo, el informe que indica la defensa no se encuentra tampoco en ninguno de estos casos.

De esta forma, los peritos que elaboraron tal informe comparecieron en el acto del juicio oral y fueron sometidos a la contradicción de las partes y a la inmediación del Tribunal, quien los ha analizado y valorado junto a los testimonios de la víctima, los de su progenitora, su tía, sus amigos y los de otros profesionales que también han procedido, por distintos motivos, al reconocimiento de la víctima. Las citadas pruebas arrojan un resultado que contrasta con aquel.

El contenido del informe cuya valoración requiere el recurrente ha sido valorado en sus justos términos por el Tribunal. En el mismo se constata que el acusado tiene sus capacidades psíquicas intactas, no padece trastornos de personalidad y no presenta alteraciones en la esfera sexual. Y aun cuando en el mismo se exprese que no cumple criterios propios del típico abusador sexual o que no sufriera alteración pedófila, ello no implica que no pueda haber cometido el delito por el que ha sido condenado, a cuya conclusión ha llegado el Tribunal tras la valoración conjunta y razonada de la prueba practicada a su presencia en los términos que han sido expresados en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución, razón por la que el documento que refiere el recurrente en ningún caso tiene aptitud suficiente para modificar el fallo.

Los testimonios prestados en el plenario por D<sup>a</sup> Agueda y D<sup>a</sup> Susana, no son documentos. El acta o grabación del juicio tampoco las convierte en documentos, constituyendo únicamente documentación de una prueba personal. El Tribunal en ningún momento ha valorado estos testimonios como prueba pericial que sustituyera el criterio del Tribunal, sino que ha tomado en consideración sus manifestaciones junto con el testimonio prestado por otros testigos, como D. Teodulfo, educador social del Ayuntamiento de DIRECCION001 y D. Baltasar, psicólogo del CSMIJ de DIRECCION000, coincidiendo todos ellos en que la menor respondía al perfil



de "abusada". En todo caso estos testimonios han sido valorados como un elemento más de corroboración de lo declarado por la víctima. Y junto a ellos, reiteramos, han sido valoradas otras pruebas como las testificales prestadas por su progenitora, su tía y sus amigos.

Por último, las calificaciones de Sagrario en los cursos de tercero y cuarto de primaria y los WhatsApp intercambiados entre su madre y el acusado en el primer trimestre de 2015, no restan credibilidad a sus manifestaciones. Pero tales documentos tampoco son literosuficientes. El hecho de que las calificaciones de la niña fueran satisfactorias no implica por sí mismo que la niña no fuera objeto de abusos. Y las conversaciones de WhatsApp mantenidas entre su madre y el acusado son pruebas personales documentadas. Lo que se trasluce de su contenido es que a la madre de la menor no le gustaba el novio que tenía en ese momento y estimaba que la estaba perjudicando, llegando incluso a mentirle. Ello sin embargo no desvirtúa por sí solo el resto del material probatorio valorado por el Tribunal, ni implica necesariamente que hubiera mentido en su versión sobre los hechos enjuiciados. Lejos de ello, lo que refleja el testimonio de las personas más próximas a Sagrario es que se trataba de un acontecimiento sobre el que no quería hablar y fue únicamente la labor de la psicopedagoga D<sup>a</sup>. María Inés, orientadora educativa del centro escolar, la que a través de un proceso de anamnesis y utilizando una técnica proyectiva y de diálogo consiguió que Sagrario relatar los abusos que había sufrido por parte de la pareja de su madre. Incluso en un principio expresaba que los actos de abuso que le atribuía "lo hacía desde el "cariño", que lo explicaba más bien desde esa perspectiva y no desde el abuso" y cuando la Sra. María Inés le indicó que debía contárselo a su madre Sagrario se asustó, porque no quería que eso saliera del entorno entre las dos. Fue más tarde cuando, trabajando con Sagrario para que saliera de ese entorno y se lo dijera a su madre, incluso llegando a decirle que si no se lo decía a su madre tendría que intervenir ella, y tras prepararla para el encuentro con su madre, logró una reunión entre madre e hija en el centro escolar, donde finalmente Sagrario se lo contó a su madre.

Como decíamos en la sentencia núm. 1205/2011, de 15 de noviembre, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, que es lo que se pretende en el motivo examinado.

Aun cuando el recurrente discrepe con las conclusiones alcanzadas por la Audiencia, los razonamientos que se expresan en la sentencia se ajusten a las reglas de la lógica y son ajenos al error que se denuncia en el motivo examinado, que en consecuencia debe ser rechazado.

**SÉPTIMO.-** El undécimo motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación del art. 21.6º CP, dilaciones indebidas como atenuante muy cualificada.

Señala que el procedimiento fue incoado en marzo del 2015, el auto de procesamiento fue dictado en diciembre de 2016, siendo finalmente enjuiciado el día 19 de marzo de 2019. Considera que la demora que se produjo entre el auto de procesamiento y la celebración del Juicio no es justificable y más teniendo en cuenta que el auto de procesamiento no fue siquiera recurrido. No encuentra justificable que el expediente estuviera aguardando para celebrarse vista dos años. Desde diciembre de 2016 hasta diciembre de 2018 (fecha de la primera sesión del Juicio que fue suspendida y reprendida tres meses más tarde). Añade que los hechos que han sido enjuiciados son de fecha indeterminada que puede situarse en el año 2005, circunstancia que considera debe ser tenida en cuenta y añadirse al lapso de tiempo que ha tardado el procedimiento en ser enjuiciado, al haber sido sentenciado en el año 2019 por unos hechos cometidos a priori en el año 2005.

1. Conforme se exponía en la sentencia núm. 169/2019, de 28 de marzo, este Tribunal viene señalando ( sentencias núm. 360/2014 y 364/2018) que, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una efectiva lesión de especial entidad derivada de la dilación, la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse (más como resumen empírico que como norma de seguimiento) atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del artículo 21.6ª del Código Penal.

Como criterios a tener en cuenta en la doctrina del Tribunal Constitucional y en jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar si se han producido o no las dilaciones indebidas, se encuentran: a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes; e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles, etc.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 703/2018, de 14 de enero, "el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es



identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso en cada caso el examen de las actuaciones. En particular debe valorarse 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 c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6<sup>a</sup> del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

También debe recordarse que es doctrina consolidada de esta Sala (SSTS 440/2012, de 29 de mayo; 1394/2009, de 25 de enero; 106/2009, de 4 de febrero; 553/2008, de 18 de septiembre; 1123/2007, de 26 de diciembre; 1051/2006, de 30 de octubre; 1288/2006, de 11 de diciembre y la expresada por el Tribunal de instancia, núm. 277/2018, de 8 de junio), la que considera ( STS 1394/2009 de 25 de enero) que "la referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario, corremos el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud." En este mismo sentido, exponíamos en la sentencia núm. 1123/2007, de 26 de diciembre, "como fecha de inicio para la determinación de posibles dilaciones no puede tomarse la de la ocurrencia de los hechos, ni tan siquiera la de la denuncia efectuada ante la autoridad judicial, sino aquella fecha en la que el denunciado/querellado comenzó a sufrir las consecuencias del proceso. Por decirlo con las palabras del TEDH en las sentencias Eckle vs. Alemania de 15 de Julio de 1982 ó López Solé vs. España, de 28 de Octubre de 2003 "....el periodo a tomar en consideración en relación al art. 6-1º del Convenio, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada, o cuando las sospechas de las que es objeto, tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos....".

También debe recordarse que es doctrina consolidada de esta Sala (SSTS 440/2012, de 29 de mayo; 1394/2009, de 25 de enero; 106/2009, de 4 de febrero; 553/2008, de 18 de septiembre; 1123/2007, de 26 de diciembre; 1051/2006, de 30 de octubre; 1288/2006, de 11 de diciembre y la expresada por el Tribunal de instancia, núm. 277/2018, de 8 de junio), la que considera ( STS 1394/2009 de 25 de enero) que "la referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario, corremos el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud." En este mismo sentido, exponíamos en la sentencia núm. 1123/2007, de 26 de diciembre, "como fecha de inicio para la determinación de posibles dilaciones no puede tomarse la de la ocurrencia de los hechos, ni tan siquiera la de la denuncia efectuada ante la autoridad judicial, sino aquella fecha en la que el denunciado/querellado comenzó a sufrir las consecuencias del proceso. Por decirlo con las palabras del TEDH en las sentencias Eckle vs. Alemania de 15 de Julio de 1982 ó López Solé vs. España, de 28 de Octubre de 2003 "....el periodo a tomar en consideración en relación al art. 6-1º del Convenio, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada, o cuando las sospechas de las que es objeto, tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos....".

2. En el caso de autos, el recurrente declaró como investigado el día 28 de marzo de 2015. Se dictó auto de conclusión del sumario el día 8 de junio de 2017, siendo elevados los autos a la Audiencia Provincial de Barcelona donde tuvieron entrada el día 22 de junio de 2017. Si bien el Juicio Oral se celebró los días 19 y 20 de marzo de 2019, sin embargo, la causa no estuvo paralizada exclusivamente a la espera de señalar juicio, como sostiene el recurrente. Olvida la existencia de una fase intermedia, en la que con fecha 19 de octubre de 2017, tras oír a las partes, el Tribunal dictó auto acordando confirmar la conclusión del sumario y la apertura de Juicio Oral. Se dio traslado a las acusaciones, presentándose por el Ministerio Fiscal escrito de acusación el día 27 de octubre de 2017 y por la Acusación Particular el día 20 de noviembre de 2017. Tras ello se confirió traslado a la defensa que presentó su escrito de conclusiones el día 7 de diciembre de 2017. Con fecha 8 de octubre de 2018 se dictó auto de admisión de pruebas y ese mismo día se dictó Diligencia de ordenación señalándose para la celebración del juicio los días 11 y 12 de diciembre de 2018. Al solicitarse por la Acusación Particular en trámite de cuestione previas la práctica de prueba testifical y ser admitida por el Tribunal, se acordó suspender el juicio



hasta el día 19 de marzo de 2019, a fin de que la Letrada del acusado pudiera preparar su defensa y evitar cualquier tipo de indefensión. Finalmente, el juicio se celebró los días 19 y 20 de marzo de 2019 dictándose sentencia con fecha 17 de abril de 2019.

No se aprecia pues que la causa haya sufrido una dilación extraordinaria. Transcurrieron cuatro años desde que el recurrente prestara declaración como investigado hasta la celebración del Juicio Oral y el dictado de la sentencia por la Audiencia Provincial. No se detecta ninguna paralización importante, máxime teniendo en cuenta que ha sido precisa la práctica de múltiples diligencias.

Además, el recurrente, se limita a señalar que la causa ha estado esperando dos años para la celebración de la vista, obviando, como se ha expresado, las diligencias que conforme a la ley era necesario practicar en la fase intermedia del procedimiento. También omite hacer mención especial de las razones que permite calificar esos espacios temporales como injustificados o que determinan el carácter desmedidamente excepcional de aquella duración.

Por ello, no se aprecia un grado de paralización en la tramitación de la misma que permita, conforme los criterios jurisprudenciales establecidos, la aplicación de la circunstancia comentada.

En todo caso, la aplicación de la atenuante solicitada carecería de eficacia práctica en la individualización de la pena, teniendo en cuenta que la misma ha sido impuesta al recurrente en su mitad inferior.

El motivo por ello no puede prosperar.

**OCTAVO.-** La desestimación del recurso formulado por D. Conrado conlleva la condena en costa al recurrente, de conformidad con las previsiones del art. 901 LECrim.

## FALLO

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

**1) Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Conrado, contra la sentencia n.º 428/2019, de fecha 17 de abril y aclarada por auto de 21 de mayo de 2019, dictada por la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la causa seguida por delito de abuso sexual.

**2) Imponer** al recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso.

**3) Comunicar** esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.