



Roj: **STS 4388/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4388**

Id Cendoj: **28079120012022100905**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2022**

Nº de Recurso: **875/2021**

Nº de Resolución: **929/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 929/2022

Fecha de sentencia: 30/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 875/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomas Yubero Martinez

Transcrito por: IGA

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 560.1.10ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RECURSO CASACION núm.: 875/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomas Yubero Martinez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 929/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D.ª Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 30 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 875/2021, interpuesto por **Luciano**, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Estrella Moyano Cabrera y bajo la dirección letrada de D^a. Elena García León, contra la sentencia dictada con fecha 29 de diciembre de 2020 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, que condena a Luciano como autor de un delito continuado de abuso sexual a menor de edad.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, y como acusación particular **Montserrat**, representada por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Requejo García de Mateo, y bajo la defensa letrada de D. Simón Fernández Rebollo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento Sumario Ordinario 5385/2019 (dimanante del PO 1/2018 del Juzgado de Mixto nº 2 de Sanlúcar La Mayor), seguido ante la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, con fecha 29 de diciembre de 2020 se dictó sentencia nº 468, condenatoria para Luciano, como autor de un delito continuado de abuso sexual a menor de edad, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

" Luciano, de 50 años de edad, sin antecedentes penales, desde el mes de octubre de 2011 hasta abril de 2014 dio clases particulares en el salón de la primera planta de su domicilio, sito en la CALLE000 nº NUM000 de la localidad de DIRECCION000 (Sevilla), al menor Severiano; clases que compartía con otros menores.

Durante este tiempo, fue granjeándose la confianza de Severiano, lo que, junto con el respecto que infundía su condición de profesor, fue aprovechado por el acusado para conseguir que el menor, a su requerimiento, accediera a sentarse sobre sus piernas mientras tenía una erección y, con ánimo libidinoso, le realizaba rozamientos con el pene en el ano.

Esta actuación sexual del acusado con el menor fue progresando con el tiempo y cuando se quedaba solo con él, empezó a ponerlo de espaldas apoyado en una mesa y tras bajarle los pantalones y ropa interior, le hacía los mismos rozamientos antes indicados con el pene desnudo.

En otras ocasiones el acusado le decía al menor que le metiera la mano en el bolsillo del pantalón para que le tocara el pene.

Estos actos se repitieron en numerosas ocasiones, durante el tiempo que estuvo el menor recibiendo clases, sin que consten las fechas exactas de su realización.

El menor, a consecuencia de estos hechos, sufrió pesadillas, padeció enuresis y temores nocturnos, así como episodios de crisis de ansiedad.

La madre de Severiano formuló denuncia por estos hechos el 12 de diciembre de 2014".

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

"Que debemos condenar y condenamos a Luciano como autor penalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual, ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de CINCO AÑOS y UN DÍA DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para ejercer cualquier tipo de actividad docente durante 8 años y un día, libertad vigilada por un periodo de 5 años a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de prisión, prohibición de acercarse a Severiano o a su domicilio a una distancia no inferior de 300 metros o comunicarse con él por cualquier procedimiento por un periodo de 10 años a cumplir por el penado desde el momento de inicio de la pena de prisión, con prohibición de acceder al tercer grado penitenciario hasta que haya extinguido al menos la mitad de su condena. Abono de las costas, incluidas las de la acusación particular y que indemnice al menor Severiano en 15.000 euros por daño moral a través de sus representantes legales.

Esta resolución no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación, que deberá prepararse dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la misma".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Luciano, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo



las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación legal de Luciano alegó los siguientes **motivos de casación**:

1. " **EXTRACTO PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN.- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL.-** Concretamente del artículo 24, párrafo 2º de la Constitución, esto es, por conculcación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, invocándose como cauce casacional el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no haber declarado el menor en el acto del Juicio Oral.

2. " **EXTRACTO SEGUNDO MOTIVO.- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL.-** Concretamente del artículo 24, párrafo 2º de la Constitución, esto es, por conculcación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, invocándose como cauce casacional escogido el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse introducido por el Ministerio Público, mediante su lectura en el Plenario, la declaración prestada por la madre del menor en sede policial".

3. " **EXTRACTO TERCER MOTIVO.- POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.-** A tenor de lo dispuesto en el artículo 850, número 3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se establece que se podrá interponer recurso de casación por quebrantamiento de forma cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella, a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa".

4.- "EXTRACTO CUARTO MOTIVO.- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL.- Concretamente del artículo 24, párrafo 2º de la Constitución, esto es, por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, invocándose como cauce casacional escogido el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del principio in dubio pro reo".

5.- "EXTRACTO QUINTO MOTIVO.- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL. - Concretamente del artículo 24 párrafo 2º de la Constitución, esto es, por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, invocándose como cauce casacional escogido el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse valorado en la sentencia, únicamente, las pruebas de cargo y no las de descargo".

6.- "EXTRACTO SEXTO MOTIVO.- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL.- Concretamente del artículo 24 de la Constitución, esto es, por conculcación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, invocándose como cauce casacional escogido el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no haberse apreciado la atenuante muy cualificada prevista en el apartado 6 del artículo 21 del Código Penal".

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 3 de junio de 2021; y la acusación particular presentó escrito adhiriéndose a la oposición del Ministerio Fiscal. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 18 de noviembre de 2022 se da traslado a las partes para alegaciones sobre la posible aplicación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, coincidiendo tanto el Fiscal, como la acusación particular y la defensa del recurrente en que no es de aplicación al caso.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 29 de noviembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Primer motivo: "por infracción de precepto constitucional. Concretamente del artículo 24, párrafo 2º de la Constitución, esto es, por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, invocándose como cauce casacional el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no haber declarado el menor en el acto del juicio oral".

1. Reducida la queja a esto último, haremos un repaso por las actuaciones, para ver las circunstancias que llevaron a tal situación, a cuyo respecto comenzamos observando que tanto el M.F., como la acusación particular, como la defensa interesaron como prueba en sus respectivos escritos de conclusiones provisionales la exploración del menor "a través de soporte audio visual, efectuada el día 18 de marzo de 2016".



Además, el M.F. fue el único que solicitó declaración del menor en juicio "solo para el caso de que ello no suponga un riesgo para su integridad psíquica".

A la vista de ello, la Sección Tercera, en auto de 20 de septiembre de 2019, declara pertinentes las pruebas propuestas por todas las partes, incluida la que llama anticipada, que es la solicitada por el M.F., consistente en que, con carácter previo al juicio oral, determinados psicólogos "informen sobre la posibilidad de que el menor víctima del delito declare nuevamente sobre los hechos en el juicio oral, sin merma de su integridad psíquica o riesgo para su salud mental, así como en prevención de su revictimización".

Realizada la prueba pericial, y oídas las partes, el tribunal dicta providencia de 2 de octubre de 2020, acordando que, vista la edad en ese momento del menor (17 años), sea citado a declarar en el acto del juicio oral, con las medidas de protección y salvaguarda que menciona.

Dicha providencia fue recurrida en súplica por la acusación particular, entre cuyas consideraciones, destaca que esa prueba no fue pedida por la defensa, recurso que, tras el traslado a las demás partes y en línea con lo informado por el M.F. fue estimado, mediante auto de 23 de octubre de 2020, en que se acordó dejar sin efecto la citación a juicio del menor.

No consta que con posterioridad a dicha decisión la defensa haya formulado queja o protesta, ni tampoco que, al inicio del juicio oral, hubiera interesado, por vía de cuestión previa, la comparecencia del menor como testigo presencial para dicho pacto.

Como decíamos, el reproche que se hace en el motivo es por no haber comparecido el menor a declarar al acto del juicio; sin embargo, no ha de prosperar la queja, porque las incidencias relatadas, lo primero que ponen de manifiesto es que la defensa pretende una prueba que ni siquiera ella misma interesó, y lo segundo que, cuando se acuerda que se deje sin efecto la citación a juicio del menor, ni observamos protesta alguna al respecto, ni la propia parte que ahora se queja propuso la prueba al inicio del juicio, como cuestión previa, lo que, dicho en otros términos, consintió que se entrara y celebrara en los términos que se celebró, con que, si así lo consintió, no puede, ahora, ir en contra de sus propios actos, porque nada impugnó cuando debía y podía oponer alguna objeción de que se entrara en juicio en las circunstancias en que se entró, y es que, si alguna merma del derecho de defensa considera la parte que se le ocasionó, al margen de que se trata de la no realización de una prueba que ni siquiera ella solicitó, su contribución fue definitiva para ello.

2. Entre las razones por las que considera el recurrente que debió ser llamado a declarar a juicio el menor, alega que, cuando se celebró, contaba con 17 años, extendiéndose en una serie de consideraciones por las que, en su opinión, estaría capacitado para comparecer, lo que tampoco es fácil de comprender, porque, cuando esta parte presente su escrito de conclusiones provisionales, en junio de 2019, lo previsible es que el juicio no se celebrara hasta pasado el verano, con seguridad después del 26 de octubre, en que el menor había cumplido 16 años, edad muy próxima a esos 17, sin que se nos haya explicado qué cambio sustancial pudiera haberse producido, para que en dicho escrito no solicitara su testimonio presencial, y sin embargo un año después considerara tan fundamental una prueba que, insistimos, no solicitó.

3. Al margen de lo anterior, hacemos nuestras las acertadas consideraciones que la sentencia de instancia realiza en su segundo fundamento de derecho, en relación con la validez del testimonio que aporta el menor mediante esa exploración de que fue objeto el 18 de marzo de 2016.

De entrada, porque compartimos lo razonado en el auto de 23 de octubre de 2020, en que, en línea con lo informado por el M.F., se deja sin efecto la citación a juicio del menor, inicialmente acordada, de cuyo razonamiento transcribimos lo siguiente:

"Una vez valoradas las alegaciones formuladas por las partes, este Tribunal estima justificado el recurso planteado, atendiendo al hecho de haber sido el M. Fiscal quien, únicamente, solicitó la testifical del menor en su escrito de calificación provisional y la situación actual del menor informada por los técnicos que llevan a cabo el seguimiento psicológico del mismo, que nos hablan del riesgo de agravamiento o rebrote de la sintomatología padecida y las dificultades actuales que encontraría su declaración, al verse afectada por el olvido, máxime cuando ese ello ha sido uno de los objetivos para superar la huella psicológica asociada a los hechos a enjuiciar".

Con estas consideraciones, no podía ser otra la decisión que tomó el tribunal sentenciador, con el apoyo que le brinda la jurisprudencia que cita en el fundamento jurídico segundo de su sentencia, teniendo, como tenía, preconstituida la exploración del menor, en términos que la doctrina de esta Sala, en línea con la constitucional y europea, ha venido estableciendo, de la que, como ejemplo reciente, tomamos lo que decíamos en STS 153/2022, de 22 de febrero, en la que se puede leer lo siguiente:



"En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del TEDH que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); y si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso".

Repasadas las actuaciones, comprobamos, como, por lo demás, explica la sentencia recurrida y oculta el recurrente, que la exploración del menor, realizada con las referidas garantías, se llevó a cabo con asistencia de una psicóloga durante 50 minutos aproximadamente, y que, a través de ella, luego realizaron preguntas tanto el letrado de la defensa como el de la acusación; así llegó al plenario, lo que permitió su valoración, que, junto con el resto del acervo probatorio, constituyó material idóneo y suficiente para que, sobre todo él, formara su criterio el tribunal *a quo*.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

SEGUNDO.- Segundo motivo: "por infracción de precepto constitucional. Concretamente del artículo 24, párrafo 2º de la Constitución, esto es, por conculcación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, invocándose como cauce casacional escogido el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse introducido por el Ministerio Público, mediante su lectura en el Plenario, la declaración prestada por la madre del menor en sede policial".

En el desarrollo del motivo, se alega que "el Ministerio Público, reproduce parcialmente la declaración prestada ante la Guardia Civil", referida a la declaración de la madre, y señala el minuto 17 de la primera sesión del juicio.

Para constatar esa información de la defensa, este Tribunal, por medio del Magistrado Ponente, ha visionado la declaración de la madre en su integridad (CD 1, minuto 10:33 a 56:10), y, en particular, en la parte correspondiente al M.F. (minuto 10:40 a 33:35), no ha escuchado que éste leyera pasaje alguno del atestado o declaración policial. Cuestión distinta es que datos aportados desde el inicio de la investigación se pregunte por ellos en el acto del juicio oral, lo que no responde sino a una dinámica ordinaria y usual de practicar la prueba en dicho acto, que es como hemos visto que se practicó el interrogatorio, pues, según dispone el art. 707 LECrim., "todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que se les fuere preguntado", y puesto que las partes cuentan con una información sobre la que defienden sus respectivas posiciones, es en relación con esa información con la que han de formular sus preguntas.

Así las cosas, el tribunal valoró, no lo que la testigo hubiera manifestado en fases o momentos preprocesales o procesales anteriores al acto del juicio oral, sino lo que declaró en ese acto, por lo que no cabe poner la tacha que se alega en el motivo al interrogatorio realizado por el M.F.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

TERCERO.- Tercer motivo: "por quebrantamiento de forma. A tenor de lo dispuesto en el artículo 850, número 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en que se establece que se podrá interponer recurso de casación por quebrantamiento de forma cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella, a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa".

Acude a tal motivo la defensa del condenado, a partir de una pregunta que formulo, no ella, sino el M.F. en el acto del juicio a la madre del menor sobre la eventual separación de su matrimonio, que, con acierto, declaró impertinente el Tribunal, con lo que, de entrada, ya extraña la invocación del motivo, cuando la pregunta que se declaró impertinente la formuló el M.F., quien, como corresponde, formuló la oportuna protesta a los ulteriores efectos de un recurso de casación, que, como vemos, no lo ha presentado.

Alega quien firma el recurso, que la razón por la que el Presidente del Tribunal inadmitió la pregunta es porque no se ceñía al objeto del proceso, frente a lo cual se mantiene en el motivo que la negativa a indagar sobre esa eventual separación limitó muchísimo su derecho de defensa, que en su turno de palabra no pudo constatar sobre las circunstancias personales que rodearon esa separación y su incidencia en lo declarado por el menor.



En realidad, con este planteamiento se adentra la representación del condenado en terrenos propios de una prueba pericial psicológica, que, con independencia de los conocimientos que pueda aportar en esta materia, era innecesaria la pregunta, habiendo como había una prueba pericial psicológica del menor, practicada en juicio, que es la que había que valorar en orden a formar su criterio el tribunal, como así hizo.

Al margen lo anterior, tras haber visionado este Tribunal la parte del interrogatorio realizado por la defensa a la testigo (minuto 41:45 a 56:10 del CD 1), no hemos comprobado que mediara protesta alguna por su parte ante la denegación de dicha pregunta, lo que no es de extrañar, porque no era una pregunta propia la que se denegó; pero, que así fuese, no es incompatible con que en el turno de su intervención diese alguna muestra o realizara alguna observación o alegación sobre la relevancia de dicho testimonio, que tampoco hemos observado, porque es en relación con esa relevancia de cara al resultado final del juicio, a lo que ha de vincularse la prosperabilidad del motivo invocado.

Procede, pues, la desestimación del motivo.

CUARTO.- Cuarto motivo: "por infracción de precepto constitucional. Concretamente del artículo 24, párrafo 2º de la Constitución, esto es, por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, invocándose como cauce casacional escogido el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del principio *in dubio pro reo*".

1. En relación con el principio *in dubio pro reo* y su diferencia con el derecho constitucional a la presunción de inocencia podemos traer consideraciones que hacíamos en STS 669/2020, de 10 de diciembre de 2020, en la que decíamos, como sigue:

"Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla *in dubio pro reo* resulta necesaria, aunque es preciso destacar que con arreglo a la más reciente doctrina constitucional cada vez son menos las mismas y se decanta hacia la reconducción de la figura de la presunción de inocencia, donde descansa el haz del alegato relativo a cuestionar el déficit, en su caso, de la prueba de cargo.

La presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo. Ello no ocurre con la regla *in dubio pro reo*, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional sólo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda". (STS 70/98 de 26.1, 699/2000 de 12.4). Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio *in dubio pro reo* no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad se trataba de un principio interpretativo y que por lo tanto no tenía acceso a la casación. Sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada, hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio *in dubio pro reo* forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (STS 999/2007, de 12-7; 677/2006, de 22-6; 836/2004, de 5-7; 479/2003; 1125/2001; de 12-7).

Es verdad que en ocasiones el tribunal de instancia no plantea así la cuestión, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un sólo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el tribunal, a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiese condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.

La STS 666/2010 de 14-7, explica cómo el principio "*in dubio pro reo*" nos señala cuál deber ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida si el tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS 709/97, de 21-5; 1667/2002, de 16-10; 1060/2003, de 25-6).

En ese sentido la STS 999/2007, de 26-11 con cita de la STS 939/98, de 13-7, recordaba que el principio *in dubio pro reo* no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes, con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECr., pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos es preciso examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo".

2. Dicho de manera más resumida, solo si el tribunal ante cuya presencia se practica la prueba ha mostrado una duda o falta de convicción en la decisión perjudicial que adopta, por vía de revisión cabrá que prospere una



queja con base en dicho principio, pero lo que no puede hacer este tribunal de revisión es suscitar dudas que no le vienen dadas, de manera que, si el tribunal sentenciador no las expresa, no cabe que prospere el referido principio, que es lo que se pretende en el motivo y en lo que no podemos entrar, porque la Audiencia, que ha contado con una prueba válida, la ha valorado, sometiéndola a un juicio explícita y correctamente motivado, tras el cual ha alcanzado una certeza más allá de cualquier duda razonable, por lo que su criterio ha de ser mantenido, no obstante la queja del recurrente.

En efecto, así lo consideramos, porque, si pasamos a la lectura de la sentencia de instancia, comprobamos que el tribunal *a quo*, en su fundamento de derecho segundo, da una explicación razonable de por qué considera probada la existencia de los abusos sexuales al menor por los que condena y por qué le surgen dudas de que esos abusos llegaran a la penetración anal por lo que también se acusaba; y es porque una parte del relato acusatorio, tras la valoración de la prueba practicada, le ofrece dudas, de ahí que esa parte, en aplicación del referido principio, no la llegue a dar por probada; a partir de aquí, pretender, como se pretende en el motivo, que porque hayan surgido dudas en una parte se trate de extender al todo dicho principio, solo se entiende desde un desenfocado derecho de defensa como el que irradia en todo el motivo.

Por lo demás, el planteamiento del recurrente parte de una premisa que es más que discutible, como es poner en duda o negar credibilidad a la totalidad de un testimonio, cuando solo una parte del mismo puede ofrecerla, en los términos de certeza que requiere el proceso, al tribunal que lo presencié, ya que, para mantener la tesis del recurrente, habría que partir de la base de que todo testimonio es lineal y sin fisuras, cuando la experiencia nos muestra que ello no es así, pues, dejando al margen los casos de quien en un discurso es capaz de decir verdad y también mentira, puede suceder que, respecto de sucesos o acontecimientos del pasado, aun manteniéndose certero en lo esencial, no siempre se recuerde todo con igual fidelidad, y ello explica el diferente trato que se dé a cada parte de lo declarado, en lo que el principio de inmediación es fundamental a efectos de valoración de la prueba.

En definitiva, se reduce el motivo a una queja por la valoración que de la prueba ha realizado el tribunal sentenciador, en cuya dinámica no podemos entrar, ya que, desde el punto de vista de nuestro control casacional, que es desde donde hemos de operar, consideramos razonable tanto la parte del testimonio del menor que da por probada la sentencia de instancia, como la que no da.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

QUINTO.- Quinto motivo: "por infracción de precepto constitucional. Concretamente del artículo 24 párrafo 2º de la Constitución, esto es, por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, invocándose como cauce casacional escogido el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse valorado en la sentencia, únicamente, las pruebas de cargo y no las de descargo".

En el desarrollo del motivo se expone que no se pretende que se realice una valoración pormenorizada de las pruebas de descargo presentadas, sino que, al menos, se explique sucintamente por qué las omite.

La respuesta a esta cuestión se encuentra en la propia lectura de la sentencia recurrida, que, en la medida que, tras una valoración conjunta de toda la prueba practicada, explica por qué considera acreditados los hechos en los términos que refleja en su relato histórico y la prueba que ha tenido en cuenta al respecto, por incompatibilidad con ella descarta otras pruebas. Se tendría que haber indicado en el recurso qué pruebas, de esas que se alega que no han sido expresamente mencionadas en el discurso valorativo, pudieran haber tenido una incidencia en el desenlace final del juicio, que, al no encontrarlas este Tribunal, necesariamente han de llevar a la desestimación del motivo.

Así, en relación con la queja por no haber hecho valoración expresa de la prueba de descargo presentada por la defensa, podemos reiterar lo que decíamos en nuestra STS 911/2021, de 24 de noviembre de 2021: "la necesidad de prestar atención más o menos extensa a la prueba de descargo está en función de su relevancia de cara al resultado final del juicio, pues lo que el art. 741 LECrim exige, a la hora de formar criterio por el tribunal de enjuiciamiento, es pasar por una valoración conjunta de toda la prueba practicada, lo que implica que, para determinar la participación del acusado en los hechos delictivos de que se le acusa, ha de valorar cuantos elementos probatorios hayan sido aportados por las partes, tanto los que los acrediten, esto es, la prueba de cargo, como los que los desvirtúen, o sea, la prueba de descargo, lo que no supone que sea preciso hacer en sentencia un análisis puntual y detallado de cada elemento, a no ser que resulte de eficacia en un sentido o en otro, y ello porque, con arreglo al principio de relevancia, la prueba que ha de ser objeto de valoración es la que la tenga de cara a la decisión del pleito, de manera que, constatada la realidad de la acusación, y descartada la hipótesis de la defensa, la presentada por esta, que pudo ser considerada como prueba pertinente, y admitida, por tanto, en el proceso para apoyo de su tesis, habrá perdido su eventual eficacia, por incompatibilidad y/o exclusión con la eficacia de la de cargo".

Procede, pues, la desestimación del motivo.

SEXTO.- Sexto motivo: "por infracción de precepto constitucional. Concretamente del art. 24 de la Constitución, esto es, por conculcación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías invocándose como cauce casacional escogido el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no haberse apreciado la atenuante muy cualificada de prevista en el apartado 6 del artículo 21 del Código Penal".

La sentencia de instancia, que aprecia la atenuante como simple, parte del dato objetivo de que, desde la incoación de la causa, el 14 de enero de 2015, hasta su conclusión por sentencia, el 29 de octubre de 2020, han transcurrido casi seis años, cuando más bien debería haber iniciado el cómputo a partir de la declaración como imputado del investigado, el 18 de mayo de 2016; así lo decíamos en STS 474/2016, de 2 de junio, en la que se puede leer que "en lo que concierne al cómputo del plazo razonable, comienza a correr cuando una persona es imputada formalmente y finaliza con la sentencia que pone fin a la causa".

Por lo demás, entre las alegaciones que se hacen en el motivo, se dice expresamente y se subraya que "durante el transcurso de dos largos años se practicaron únicamente testificales propuestas por las partes y la prueba pre-constituida del menor", con lo que, siendo esto así, es un dato más que debe llevar a la desestimación del motivo, porque, si durante dos años se practican diligencias, solo puede considerarse que se practicaron por ser necesarias para la instrucción, y, por lo tanto, no cabe hablar de dilaciones indebidas.

En consecuencia, si, al no haber llegado a los seis años el tiempo de duración del proceso, fue acertada la decisión del tribunal a *quo* apreciando la circunstancia como simple, con más razón se ha de considerar así teniendo en cuenta los factores que acabamos de mencionar; y terminar añadiendo que no cabía su aplicación, porque, si en la dicción de la regla 6ª del art. 21 CP, para su apreciación como simple, se requiere que la dilación sea extraordinaria e indebida, para dar el salto a la muy cualificada la dilación habrá de ser hiperextraordinaria, lo que no consideramos, cuando estamos hablando de ese periodo de seis años y suele ser regla general para empezar a plantearse como muy cualificada a partir de los ocho años.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

SÉPTIMO.- Con motivo de la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, se confirió a las partes, mediante diligencia de fecha 18 de noviembre de 2022 el plazo de tres días para alegaciones, en relación con la eventual revisión de la pena, dando respuesta todas ellas en el sentido de que no era procedente la revisión.

1. De acuerdo con lo alegado por todas las partes, avanzamos que, en el presente caso, no cabe tal revisión, y para ello comenzaremos transcribiendo los textos de los artículos del CP aplicable al caso, que son el 183.1 y 4 d), vigente en la época de los hechos, en que se recogía el delito de abuso sexual a menores de 13 años, que tiene su parangón con el delito, llamado ahora, de agresión sexual a menores de 16 años, del actual 181.1.4 e), pues en ambos casos se castigan actos de carácter sexual con menores, si bien la diferencia de edad se debe a que, en el caso que nos ocupa, dada la fecha en que se sitúan los hechos, fueron penados conforme a la redacción por LO 5/2010, de 22 de junio, vigente hasta su modificación por LO 1/2015, que, en lo fundamental, para lo que aquí interesa, elevaba la edad a los 16 años.

Decía así el entonces vigente art. 183.1: "El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años".

En el apdo. 4 contemplaba subtipos agravados, con penas a imponer en la mitad superior d) "Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima".

Según la redacción que se da al nuevo art. 181.1, por LO 10/2022, queda como sigue: "El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años".

Y entre los subtipos agravados que recoge en su apdo. 4, también con penas en su mitad superior, en la letra e) está contemplada la agravación "cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima".

2. Si sucede que el arco penológico para el delito por el que ha sido condenado el recurrente es exactamente el mismo, incluida la modalidad agravada aplicada, y continúan vigentes las mismas reglas que, para los casos de continuidad, contempla en art. 74.3 CP, de manera que las conclusiones a las que llegaríamos de proceder a una revisión de la pena no podían ser otras que a las que llega el tribunal sentenciador en la individualización que realiza en la sentencia recurrida, que la fija en 5 años y 1 día de prisión, teniendo en cuenta que aplica una



atenuante de dilaciones indebidas, como simple, que tampoco podríamos dejar de tener en cuenta nosotros, siendo indiferente, pues, el precepto penal que aplicásemos, por lo que no resulta procedente acordar la revisión de la pena.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 901 LECrim. procede condenar al recurrente al pago de las costas habidas con ocasión de su recurso.

FALLO

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

NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Luciano , contra la sentencia 468/20, dictada con fecha 29 de diciembre de 2020, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en Sumario Ordinario 5385/2019, que se confirma, con imposición al recurrente de las costas ocasionadas con motivo de su recurso.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD