



Roj: **STS 2277/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2277**

Id Cendoj: **28079120012024100353**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/04/2024**

Nº de Recurso: **1119/2022**

Nº de Resolución: **335/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 335/2024

Fecha de sentencia: 18/04/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1119/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/04/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1119/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 335/2024

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Ana María Ferrer García

D.^a Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 18 de abril de 2024.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1119/2022, interpuesto por **Jorge**, representado por el procurador D. José María Hidalgo Sevillano, bajo la dirección letrada de D. Pablo Jesús Gallego Pérez, contra la sentencia nº 316/2021, de fecha 20 de diciembre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 195/2021. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: D^a. Cristina, representada por la procuradora D^a. María de los Ángeles González Rivero, bajo la dirección letrada de D^a. Ana María Soterías Escartin.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 2 de Marchena instruyó Procedimiento Sumario Ordinario nº 2/2019, contra Jorge, por delito de agresión sexual y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, que en el Rollo de Procedimiento Sumario Ordinario nº 5940/2020, dictó sentencia nº 39/2021, de fecha 4 de febrero de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<Apreciando en conciencia la prueba practicada, declaramos expresamente probados los siguientes hechos:

El acusado, Jorge, mayor de edad, es padre de Cristina, que presenta un retraso mental ligero, teniendo reconocido un grado de discapacidad del 65%.

Ambos convivían junto a la madre de Cristina, Fermina y otro hermano de Cristina, Patricio, en el domicilio familiar sito en la DIRECCION000, de la localidad de DIRECCION005.

Desde enero de 2018 hasta el 15 de mayo de 2018, el acusado, aprovechando las noches que su esposa no dormía en casa, por atender a un familiar, y con intención de satisfacer sus deseos libidinosos, se adentraba en la habitación de su hija Cristina y se introducía completamente desnudo en la cama de la misma, llegando a mantener con ésta relaciones sexuales con penetración, sin que Cristina se resistiera, por el miedo que tenía al acusado. Además, para evitar que su hija se negase o hiciese público lo ocurrido, el acusado le manifestaba expresiones tales como, "si cuentas esto iremos todos a la cárcel", "los dos iremos a la cárcel", "como cuentas algo te voy a matar". Consiguiendo así que Cristina mantuviese una actitud pasiva y no mostrase oposición activa, ante el sentimiento de miedo que sentía hacia el acusado.

Estos hechos se repitieron con frecuencia hasta el 15 de mayo de 2018, cuando el acusado fue descubierto por su hijo Patricio.

Como consecuencia de estos hechos, Cristina recibió atención médica y precisó ingreso hospitalario en el Área de Psiquiatría del Hospital de DIRECCION001 entre los días 3 y 9 de agosto de 2018, con un diagnóstico de " DIRECCION002 " y " DIRECCION003 ", que requirió tratamiento con antidepresivos y ansiolíticos. Con diagnóstico actualizado de abril de 2019 "Juicio Clínico Principal de DIRECCION004 " y " DIRECCION003 ". >>

SEGUNDO.- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Condenamos a Jorge como autor de un delito de violación, ya circunstanciado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 14 años, tres meses y un día de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, con imposibilidad de obtener durante él empleos o cargos públicos y de ser elegido para cargos públicos; prohibición de aproximarse a menos de 200 metros a Cristina, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por la misma por tiempo de 19 años; y libertad vigilada por tiempo de ocho años.

La clasificación del condenado en tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectuará hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

Imponiéndole el pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidades civiles indemnizará a Cristina en 20.000 euros, por los daños morales, cantidad ésta que será incrementada con los intereses legales establecidos en la L.E.Civil.

Declaramos de abono para el cumplimiento de la pena de prisión el tiempo de privación de libertad sufrido por esta causa. >>

TERCERO.- Notificada referida sentencia a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Jorge, y tras los trámites legales oportunos, se elevaron las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que en el Rollo de Apelación nº 195/2021, dictó sentencia nº 316/2021, de 20 de diciembre de 2021, que aceptó los hechos declarados probados de la sentencia apelada, y cuyo fallo es del tenor literal siguiente:



<<Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Jorge contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en fecha 4 de febrero de 2021, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución salvo el pronunciamiento según el cual la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectuará hasta el cumplimiento de la mitad de la pena, pronunciamiento que se deja sin efecto.

Declaramos de oficio las costas de esta segunda instancia. >>

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

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

Motivos aducidos en nombre del recurrente Jorge :

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por considerar que se han infringido preceptos penales sustantivos y normas jurídicas de igual carácter.

Segundo.- Con base en el art. 849.2 de la LECrim, error en la apreciación de la prueba.

Tercero.- Con base en el art. 850.1 de la LECrim, por denegación sistemática de prueba solicitada.

Cuarto.- Fundamentado en el art. 852 de la LECrim y art. 24 de la CE, por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, derecho a la defensa plena y completa del reo.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- La representación procesal del recurrente y el Ministerio Fiscal evacuaron el traslado conferido en relación a la aplicación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 17 de abril de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Jorge

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada en apelación nº 316/2021, de 20-12, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por el acusado Jorge contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla nº 39/21, de 4-2, en el extremo de dejar sin efecto el pronunciamiento según el cual la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectuaría hasta el cumplimiento de la mitad de la pena, confirmando su condena como autor de un delito de violación, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 14 años, tres meses y un día de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, con imposibilidad de obtener durante él empleos o cargos públicos y de ser elegido para cargos públicos; prohibición de aproximarse a menos de 200 metros a Cristina ., a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por la misma por tiempo de 19 años, y libertad vigilada por tiempo de ocho años, se interpone por el referido recurso de casación por cuatro motivos: el primero por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por considerar que se han infringido preceptos penales sustantivos y normas jurídicas de igual carácter. El segundo con base en el art. 849.2 de la LECrim, error en la apreciación de la prueba. El tercero con base en el art. 850.1 de la LECrim, por denegación sistemática de prueba solicitada. Y el cuarto fundamentado en el art. 852 de la LECrim y art. 24 de la CE, por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, derecho a la defensa plena y completa del reo.

Debemos, por ello, destacar previamente (vid. SSTS 723/2023, de 2-10; 296/2024, de 3-4, entre las más recientes) como la reforma operada por la Ley 41/2015, en el régimen de recursos del orden jurisdiccional penal supuso que se introdujera un recurso de apelación en los procedimientos que, antes de la reforma se enjuiciaban en única instancia por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Recurso de apelación residenciado en la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.



La casación, en este caso concreto, no experimentaba modificación legal en la reforma, pero el hecho de instaurar una segunda instancia previa, cuando antes no existía, suponía necesariamente que el alcance y ámbito del recurso de casación debía variar, para resituarse al mismo en el lugar que le correspondía en la cadena de instancias sucesivas.

En este sentido, la STS 476/2017, de 26-6, fue la primera en resolver un recurso de casación contra una decisión de una Audiencia Provincial, con posterior recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Parte del hecho de que la reforma de 2015 ha instaurado una previa apelación, lo que supone que la casación ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales; de manera que la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible. Ello supone que la casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto: ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del Derecho en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. En consecuencia, añade:

"De lo anterior resulta que la reforma operada debe suponer, de un lado, una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una ampliación de la casación en el ámbito de la aplicación e interpretación del derecho, pues el hecho, salvo excepciones por aforamiento; ha sido objeto de conformación por el órgano de enjuiciamiento, que ha percibido con inmediatez la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento. La revisión casacional debe atender a asegurar la correcta inteligencia de la ley para todos los ciudadanos, en cada caso concreto, al tiempo que extiende la doctrina resultante para otros supuestos en los que la norma sea de aplicación".

A la vista de las anteriores consideraciones, la STS 476/2017, de 26 de junio, fija como punto de partida que la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en:

- 1) La reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación, pues las cuestiones ya han tenido respuesta desestimatoria.
- 2) El planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

Todas estas ideas que se han señalado sobre esta modalidad de recurso se han plasmado, por ejemplo, en la STS 655/2020, de 3-12, que señala:

<<En el sentido indicado son muchas las Sentencias que refieren la nueva posición de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos los siguientes postulados: "la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el tribunal Superior de Justicia y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación", y debe "realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación" (STS 236/2017, de 5 de abril, 882/2016, de 23 de noviembre). Ahora bien, nos recuerda la STS 308/2017, de 28 de abril, tras reiterar los anteriores asertos, "que tampoco puede extremarse ese dogma tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación (arts. 849 a 852 LECrim). Pero si es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto".

El alcance de la impugnación casacional por error de derecho es claro, fijar el sentido de la norma. La infracción de ley por error de hecho tiene un contenido residual que se enmarca en la excepcionalidad que se contempla en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008. Los motivos que dan lugar a la nulidad del juicio o de la sentencia deben ser analizados desde la perspectiva de la argumentación vertida en la resolución de la apelación, denegatoria de la nulidad instada, pues de acordarse la nulidad, la causa no accedería a la casación (art. 792 LECrim.).

En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su



disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECRIM. Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECRIM, sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.>>

- La necesidad de que el recurso tenga relevancia casacional ha sido definida, de manera gráfica por la STS 20/2021, de 18-1, con la siguiente expresión "el recurso de casación no es una apelación bis". Así, recuerda:

"Esta es la doctrina seguida por esta Sala en diferentes sentencias, de entre las cuales, citamos la STS 495/2020, de 8 de octubre, en la que decíamos lo siguiente:

"A partir de la reforma de 2015 lo impugnado en casación es la sentencia dictada en segunda instancia, es decir la que resuelve la apelación (art. 847 LECrim). Cuando es desestimatoria, la casación no puede convertirse en una apelación bis o una segunda vuelta del previo recurso, como un nuevo intento en paralelo y al margen de la previa impugnación fracasada. El recurso ha de abrir un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no es correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; es decir, como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que el recurrente aparca y desprecia sin dedicarle la más mínima referencia."

En la sentencia 444/2023, de 14-6, se insiste en que "el recurso de casación ha de proponerse como objetivo, no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un simple clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida al desestimar la apelación, si acaso con alguna adición o glosa. Pero en la medida en que no se introduce argumentación novedosa, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados esos argumentos que se presentan de nuevo sin la más mínima alteración, es decir, sin atender a la argumentación del Tribunal Superior de Justicia que, en este caso, además, es especialmente, rigurosa, detallada y elaborada."

SEGUNDO.- Partiendo de esta perspectiva analizaremos el recurso interpuesto.

El motivo primero por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, considera infringidos diversos preceptos sustantivos:

- Indebida aplicación de los arts. 179 y 180 CP en su modalidad agravada del apartado 1-3ª, en detrimento de los preceptos penales, art. 178 y 181.1 CP.
- Indebida aplicación por infracción del art. 74, apartados 1 y 3 respecto del delito continuado.
- Indebida aplicación de los arts. 109 y 115 CP en relación a la responsabilidad civil impuesta al reo, sin fundamentar, ni siquiera mínimamente, la cuantía establecida en la sentencia.



En primer lugar, en relación a la calificación jurídica de los hechos, considera que a lo sumo se podrían incardinar en el peor de los casos, dentro del tipo de abuso sexual del art. 181.1, pero nunca como agresión sexual.

Así, respecto al consentimiento de la víctima, consta que la supuesta víctima contaba con 28 años cuando se denunciaron los hechos. No denunció ésta sino su madre y esposa del acusado, con quien estaba en trámite de divorcio.

Cuando sucedieron los hechos la supuesta víctima no contaba con ningún tipo de discapacidad acreditada y reconocida.

La supuesta víctima reconoció siempre que su padre nunca actuó de manera violenta con ella, nunca la forzó, no existió resistencia activa ni pasiva de la supuesta víctima. Su padre solo le dijo "una sola vez que si decía algo irían los dos a la cárcel".

La única prueba de cargo es la declaración de la supuesta víctima, quien mantenía un claro resentimiento hacia su padre, alentada por su madre, por lo que miente en su declaración.

No existe un solo informe facultativo, médico, ginecológico, ni parte de urgencias u otra prueba que corrobore la versión de la supuesta víctima.

- El vídeo grabado por Patricio, hijo del acusado y hermano de la supuesta víctima, fue preparado por la madre y hermanos y no se puede observar imagen alguna en la que ni siquiera el padre toque a Cristina.

En definitiva, al tener la supuesta víctima 28 años, no constar enfermedad ni reconocida discapacidad ni minusvalía alguna en la fecha de los hechos, no serían de aplicación las circunstancias 3ª y 4ª del art. 180.1 CP, ni el apartado segundo de dicho precepto penal que exige que concurren dos o más circunstancias para aplicar las penas de este artículo en su mitad superior.

2.1.- Pretensión inaceptable, por cuanto es constante la jurisprudencia -por todas SSTS 146/2022, de 17-2 y 104/2024, de 1-2- en el sentido de que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim, ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.



Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.2.- Siendo así, las sentencias de instancia y apelación consideran probado que el acusado Jorge es padre de Cristina, que presenta un retraso mental ligero, teniendo reconocido un grado de discapacidad del 65%, y que ambos convivían junto a la madre de Cristina y otro hermano de ésta, en el domicilio familiar, añadiendo como:

"Desde enero de 2018 hasta el 15 de mayo de 2018, el acusado, aprovechando las noches que su esposa no dormía en casa, por atender a un familiar, y con intención de satisfacer sus deseos libidinosos, se adentraba en la habitación de su hija Cristina y se introducía completamente desnudo en la cama de la misma, llegando a mantener con ésta relaciones sexuales con penetración, sin que Cristina se resistiera, por el miedo que tenía al acusado. Además, para evitar que su hija se negase o hiciese público lo ocurrido, el acusado le manifestaba expresiones tales como, "si cuentas esto iremos todos a la cárcel", "los dos iremos a la cárcel", "como cuentas algo te voy a matar". Consiguiendo así que Cristina mantuviese una actitud pasiva y no mostrase oposición activa, ante el sentimiento de miedo que sentía hacia el acusado.

Estos hechos se repitieron con frecuencia hasta el 15 de mayo de 2018, cuando el acusado fue descubierto por su hijo Patricio."

2.3.- Relato fáctico del que se desprende la existencia de intimidación por parte del acusado tendente de modo eficaz a doblegar la voluntad de la víctima. En efecto, como hemos recogido en reciente sentencia 228/2024, de 7-3, con cita SSTS 344/2019, de 4-7 y 108/2023, de 16-2:

"En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis física o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima.

El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que - sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males."... En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio."

- Por ello la línea diferencial entre el delito de agresión sexual y el de abuso sexual queda verificado por la concurrencia o no de violencia o intimidación. En ambos casos, evidentemente, no hay consentimiento. La violencia es un acto claro de empleo de la misma sobre el cuerpo de la víctima, no exigiéndose un acto causante de una lesión, sino el empleo coercitivo, utilizando un movimiento sobre una parte del cuerpo de la víctima por el que intente vencer su voluntad, como puede ser cogerle de las manos de forma fuerte para vencer su resistencia a llevar a cabo el acto sexual, o ponerse encima de la víctima tras haberla arrojado al suelo. No se exige un resultado lesivo con el empleo de la violencia, sino su mero uso sobre alguna parte del cuerpo de la víctima para someterla y vencer su oposición, por lo que valdría cogerle por las muñecas o brazo de forma fuerte para que no se pueda mover, o escapar y atacar a su libertad sexual. Mientras tanto, en el abuso sexual no hay ningún empleo de violencia o intimidación. De ahí que esta Sala del Tribunal Supremo haya señalado en SSTS 396/2018, de 26-7; 610/2018, de 3-12; 3/2019, de 17-1, que cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significado sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el art. 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena.

Nótese que en estos casos no estamos exigiendo ni violencia ni intimidación para llevar a efecto ese acto, por lo que el caso típico son los meros tocamientos en parte sexual, pero sin violencia o intimidación, por lo que si ese acto de ataque a la libertad sexual se lleva a cabo con actos ejecutivos contra la voluntad de la víctima, pero que impliquen violencia o intimidación nunca podrá tratarse de meros abusos sexuales y sí de actos de agresión sexual. El empleo de la violencia se evidencia por:



- 1.- Ausencia de consentimiento de las víctimas, manifestada claramente en los hechos probados.
- 2.- Empleo de violencia o intimidación.
- 3.- Actos que suponen ataque a la libertad sexual de la víctima.

Si en los ataques a la libertad sexual existe también la ausencia de consentimiento, pero no se emplea violencia o intimidación, el acto integra un delito de abuso sexual.

La STS 145/2020, de 14-5, precisa las características de la intimidación típica. Incluida la ambiental. Elabora con precisión el concepto de violencia emocional. Lo hará con estas expresiones:

"En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (*vis physica* o *vis moral*), para doblegar la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que -sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males".

Igualmente en la STS 282/2019, de 30-5, hemos señalado que el concepto del vencimiento psicológico propio de la intimidación, recordando que: "la *emotional violence* anglosajona, o "violencia emocional", es la intimidación que puede ejercerse sobre el sujeto pasivo del delito que puede llevarse a cabo de muchas maneras para vencer cualquier atisbo de resistencia del sujeto pasivo, lo que lleva a no precisar una expresa negativa del sujeto, sino que precisa que sea "evidente" ante cualquier persona esa violencia emocional que se ejerce y que ello tenga virtualidad y capacidad de trasladarse al sujeto pasivo que recibe esa "violencia emocional" de una forma evidente y claramente expresada, como aquí ha ocurrido además de con la amenaza que se ha constatado y recogido en los hechos probados.

Estas formas de actuar son lo que se concibe como "intimidación", y es lo que determina que el hecho sea calificado de agresión sexual, y no de abuso sexual como pretende el recurrente, por lo que estas modalidades de ejercicio de una "fuerza no física", sino mental, deben ubicarse en el entorno de la agresión sexual por la presión psicológica que se ejerce sobre el sujeto pasivo del delito....- En la "intimidación", *vis compulsiva* o *vis psíquica*, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario.

El juicio de voluntades es mutuo en el acceso carnal, no unilateral por el propio agresor, ya que esta unilateralidad del acto unido al empleo de violencia e intimidación, como en este caso ocurrió, es lo que determina la existencia de la agresión sexual, y no el abuso.

Señala la doctrina que la intimidación, según el Diccionario de la Real Academia, equivale a "causar o infundir miedo", se trata de la llamada *vis psicológica* y consiste en amenazar con un mal mediante palabras, gestos u otros procedimientos, debiendo provocar temor en el destinatario, del que se aprovecha el agente para la perpetración de la agresión.

Como han puesto de manifiesto, entre otras, las SSTS de 18 de diciembre de 1991, 24 de febrero de 1993 y 25 de marzo de 1994, la violación mediante procedimiento intimidatorio supone el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza, amedrentamiento o uso de *vis compulsiva*, que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos contrarrestadores de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva.

Supone por tanto un constreñimiento psicológico, o una amenaza de palabra u obra de causar un "daño injusto, posible, irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega".

2.4.- En el caso presente, la concurrencia de la intimidación aparece acreditada a través de la declaración que mantiene la propia víctima de modo estable y coherente. Cristina, al declarar a presencia judicial en otro procedimiento seguido frente a su padre por violencia en el ámbito familiar, ya adelantó que su padre



le amenazaba con pegarle o matarla si no accedía a sus deseos libidinosos (folio 40); en su comparecencia judicial en la fase instructora del presente procedimiento, confirmó que le advertía que la mataría o agrediría si revelaba la situación (folio 75), y en el juicio oral mantuvo asimismo este testimonio. Ciertamente, la propia Cristina elude cargar negativamente los hechos que relata en contra del acusado más allá de la realidad y, así, insiste en sus diversas manifestaciones en que su padre nunca la forzó físicamente; ahora bien, su disposición a dejarse llevar por los propósitos incestuosos del acusado para con ella era sin duda impuesta por el temor efectivo que le imbuía éste a través de las referidas amenazas, temor que además tenía una base objetiva de refuerzo cual era la conducta de violencia habitual mantenida por Jorge en el ámbito familiar desde la minoría de edad de los hijos, declarada probada por sentencia firme aportada en el acto del juicio oral y corroborada en dicho acto en prueba testifical por su esposa Fermina, su hijo Patricio y la propia Cristina. No se atisba razón para recelar de la sinceridad de Cristina al declarar como testigo ni, en concreto, hay base alguna que permita conjeturar sobre un supuesto contubernio entre Cristina, su madre y su hermano Patricio para arruinar la vida a su padre como sugiere la parte recurrente.

2.5.- Respecto a la falta de prueba de que Cristina se hallara en situación de especial vulnerabilidad por razón de discapacidad en orden a la aplicación del apartado 3º del art. 180 CP, hemos dicho que mientras la intimidación como medio comisivo de la agresión se dirige a vencer la voluntad, la especial vulnerabilidad del párrafo 3º del art. 180.1 opera en relación con una situación de libertad limitada por muy diversos factores que dificultan la defensa (edad, enfermedad, discapacidad o situación), en cuanto atañe al conjunto de circunstancias de hechos presentes en el momento de la acción, que con carácter duradero o transitorio, provocadas o aprovechadas por el sujeto, coloquen a la víctima en indefensión suficientemente relevante como para incrementar el desvalor de la acción (STS 1397/2009, de 29-12).

En definitiva, esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual: el concepto de "vulnerabilidad" equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor. El concepto de situación debe ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas incajables en la idea de vulnerabilidad, bien entendido que la vulnerabilidad es una situación o estado de la víctima independiente de los actos de violencia o intimidación aplicados por el sujeto activo en el momento de cometer la infracción (SSTS 754/2012, de 11-10; 193/2020, de 20-5).

En el caso presente, la sentencia recurrida (fundamento derecho octavo in fine) destaca como el informe emitido por la médico forense Sra. Noelia, obrante al folio 97 y ratificado y explicado por su autora en el plenario, muestra que Cristina presenta un retraso mental ligero que, según expresa el informe psicológico documentado al folio 140 y corroborado en el juicio oral por la psicóloga Sra. Rocío, incrementa su vulnerabilidad frente a situaciones de victimización, colocándola muy probablemente en situación de debilidad e impotencia frente a la actitud agresiva e intimidatoria por parte del agresor, déficit mental éste que no es pensable fuera ignorado por su padre dada la común convivencia durante toda la vida de la joven. Ello ha llevado razonablemente a la Audiencia Provincial a considerar concurrente la situación de hecho que prevé el citado art. 180.1.3ª y a aplicar en consecuencia dicha norma.

2.6.- En cuanto a la no aplicación de la continuidad delictiva, en SSTS 355/2015, de 28-5; 125/2017, de 27-2; 573/2017, de 18-7, hemos recordado como "en su evolución jurisprudencial esta Sala ha consolidado una doctrina muy reiterada en esta materia, fruto de un profundo análisis de una realidad criminológica sometida de forma muy frecuente a nuestra consideración, que garantiza el principio de seguridad jurídica, la proporcionalidad en el tratamiento punitivo de estas conductas y la punición del conjunto de la actividad delictiva realizada, y que no parece razonable alterar, máxime cuando la aplicación de la ley penal está absolutamente necesitada de estabilidad y seguridad jurídica.

Esta doctrina (STS 964/2013, de 17 de diciembre, entre muchas otras), considera aplicable el delito continuado en supuestos de agresiones sexuales realizadas bajo una misma presión intimidativa o de prevalimiento, en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo, (SSTS 11 de octubre y 26 de diciembre de 1996; de 15 de marzo de 1996, 30 de julio de 1996, 8 de julio de 1997 y 12 de enero, 16 de febrero, 22 de abril y 6 de octubre de 1998, 9 de junio de 2000 y STS núm. 1002/2001, de 30 de mayo, STS 964/2013, de 17 de diciembre), situación en la que no es fácil individualizar suficientemente con sus datos concretos de lugar, fecha y características precisas cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo, (STS núm. 1730/2001, de 2 de octubre).

En las SSTS núm. 463/2006, de 27 de abril, 609/2013, de 10 de julio y 964/2013, de 17 de diciembre, se clasifican los diversos supuestos señalando:



"En términos generales podemos distinguir tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar:

a) cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un sólo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena.

b) Cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta, intimidatoria o de prevalimiento, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva.

c) Finalmente, cuando la iteración de los actos sexuales (normalmente agresivos), son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos".

Es decir que debe aplicarse el delito continuado ante "... una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes " (STS de 18 de Junio de 2007)".

De modo que puede sostenerse que son tres los requisitos o exigencias imprescindibles para poder hablar de la existencia de un delito continuado, en los delitos contra la libertad sexual como los que aquí nos ocupan, a saber:

a) uno de carácter personal, en concreto el que la víctima ha de ser siempre la misma persona, pues la "excepción a la excepción" que para esta clase de infracciones rige, expresamente requiere, a tenor del apartado 3, párrafo 1º "in fine", del artículo 74 que la "ofensa" afecte "...al mismo sujeto pasivo", tras la reforma operada por la LO 1572003, vigente al tiempo de los hechos que aquí se enjuician.

b) otro requisito circunstancial, que hace referencia no sólo al dolo y plan de ejecución unitarios y a la identidad entre los diferentes tipos penales infringidos sino también a la semejanza comisiva en cuanto a las circunstancias de lugar, ocasión, etc. que las caractericen.

c) y un tercero de naturaleza temporal, de modo que no se produzcan importantes censuras o soluciones de continuidad dilatadas entre los distintos hechos, o grupos de ellos, que habrán de integrar la continuidad delictiva.

2.7.- En el caso actual se considera probado como: Desde enero de 2018 hasta el 15 de mayo de 2018, el acusado mantuvo relaciones sexuales con su hija con penetración sin que ésta se resistiese por el miedo que tenía al acusado y para evitar que su hija se negase o hiciese público lo ocurrido, el acusado le manifestaba expresiones tales como, "si cuentas esto iremos todos a la cárcel", "los dos iremos a la cárcel", "como cuentes algo te voy a matar", logrando así que su hija mantuviese una actitud pasiva y no mostrase oposición activa, ante el sentimiento de miedo que sentía hacia el acusado. Añadiendo que estos hechos se repitieron con frecuencia hasta el 15 de mayo de 2018, cuando el acusado fue descubierto por su hijo Patricio .

Consecuentemente se dan los requisitos del delito continuado y la aplicación del art. 74.1 y 3 deviene necesaria.

2.8.- Por último reitera lo ya invocado en la apelación en orden a que la sentencia infringe los arts. 109 y 115 CP en relación a la responsabilidad civil impuesta al reo sin fundamentar por el Tribunal sentenciador ni siquiera mínimamente, al fijar una cuantía a tanto alzado de 20.000 €, sin dar para ello una explicación mínima plausible de los criterios jurídicos tenidos en cuenta por la sentencia para fijar la susodicha indemnización y su concreta cuantía.

Pretensión que también debe ser desestimada.

Como hemos señalado con reiteración (SSTS 351/2021, de 28-4; 603/2023, de 13-7), la necesidad de motivar las resoluciones judiciales, art. 120 CE, puesta de relieve por el Tribunal Constitucional respecto de la responsabilidad civil ex delicto (SSTC. 78/86 de 13.6 y 11.2.97) y por esta Sala (SS. 22.7.92, 19.12.93, 28.4.95, 12.5.2000) impone a los Jueces y Tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias precisando, cuando ello sea posible, las bases en que se fundamenten (extremo revisable en casación), y no lo es, o alcanza dificultades a veces insuperables, explicar la indemnización por daño moral, difícilmente sujeta a normas preestablecidas. En la STS.24.3.97 recuerda que no cabe olvidar que cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de



magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones.

En los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de su dignidad, lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad, este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido - libertad e indemnidad sexual- y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente (SSTS. 105/2005 de 29.1, 40/2007 de 26.1).

Y en relación a la falta de prueba de que la víctima haya quedado afectada psicológicamente, hay que insistir en que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos, (SSTS 957/1998, 16 de mayo y 1159/1999, 29 de mayo, entre otras).

La traducción de estos criterios en una suma de dinero solo puede ser objeto de control en casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada.

STS. 514/2009 de 20.5 daño moral en delito contra la libertad sexual "En materia de daños morales constituye una doctrina arraigada en esta Sala que "el denominado precio del dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser acreditados, porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico".

Las únicas exigencias que podrían deducirse de una pretensión indemnizatoria por daño moral serían:

- a) necesidad de explicitar la causa de la indemnización.
- b) imposibilidad de imponer una indemnización superior a la pedida por la acusación.
- c) atemperar las facultades discrecionales del tribunal en esta materia al principio de razonabilidad.

2.9.- En el supuesto que nos ocupa, la sentencia de instancia hace referencia al DIRECCION004 constatado tanto en el informe médico forense como en el informe psicológico emitido en autos y ratificado contundentemente en el acto del juicio y ante ello considera proporcionada con lo que ordinariamente señalan los Tribunales especialmente en dicho ámbito geográfico en agresiones sexuales, una indemnización de 20.000 €.

Criterio que es ratificado por la sentencia de apelación, con cita de jurisprudencia de esta Sala, al considerar que dicha suma no puede ser tildada de excesiva o arbitraria al responder al resarcimiento frente a una secuencia de agresiones sexuales con penetración mantenida por un padre contra su hija de modo reiterado durante varios meses con las consecuencias psicológicas para la joven ya expresadas.

Esta Sala casacional considera adecuado ese importe de la responsabilidad civil en la cantidad de 20.000 €, debiendo insistirse en que se trata, en definitiva, de resarcir el dolor y la angustia de la persona perjudicada por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro, para lo cual han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso. Precisamente por ello la apreciación del daño, en su existencia y alcance, es cuestión de hecho reservada al arbitrio del Tribunal de instancia.

TERCERO.- El motivo segundo por infracción de ley al amparo del nº 2 del art. 849 LECrim, error en la valoración de las pruebas.

Cuestiona la grabación de vídeo realizada por Patricio , hijo del recurrente y hermano de la víctima; la prueba pericial psicológica llevada a cabo en el juicio, que la sentencia señala ha de ser sensiblemente relativizada en tanto que la psicóloga que compareció en el plenario no era la autora del informe que obra en la causa ni había examinado, siquiera, a Cristina , así como el informe de la médico forense Dra. Noelia , que no versaba sobre los hechos enjuiciados.

Cuestiona igualmente la prueba testifical en el juicio oral por las contradicciones entre lo declarado por la supuesta víctima, su hermano Patricio y la madre de ambos D^a. Fermina .

El motivo se desestima.



3.1.- Como hemos dicho en SSTs 423/2020, de 23-7; 114/2021, de 11-2; 917/2022, de 23-11; 820/2023, de 8-11; 104/2024, de 1-2, la vía del art. 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 por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que "...constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la intermediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de 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;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.;
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001 de 19-7- el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque los efectos de su estimación fueran distintos.



Asimismo, han de citarse con toda precisión los documentos, con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del factum derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del factum que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente a la que se impugna.

3.2.- Pretende el recurrente realizar una nueva valoración de la prueba practicada que ya ha sido valorada por los Tribunales de instancia y apelación, careciendo de la necesaria literosuficiencia, olvidando de una parte que las pruebas personales, como declaraciones testimoniales, no son documentos a efectos casaciones y que los informes periciales, como destaca la doctrina, es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que, desde el punto de vista normativo, la ley precisa que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" (art. 348 de la LEC), lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim. para toda la actividad probatoria ("el Tribunal, apreciando según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia"), sin que pueda olvidarse, ello no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E.). El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica -que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia (STS. 1102/2007 de 21.12).

No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación (SSTS. 5.6.2000, 5.11.2003, 937/2007 de 28.11).

a) Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Cuando contando solamente 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 las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen (SSTS. 534/2003 de 9.4, 58/2004 de 26.1, 363/2004 de 17.3, 1015/2007 de 30.11, 6/2008 de 10.1, y AATS. 623/2004 de 22.4, 108/2005 de 31.11, 808/2005 de 23.6, 860/2006 de 7.11, 1147/2006 de 23.11, o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2, 1224/2000 de 8.7, 1572/2000 de 17.10, 1729/2003 de 24.12, 299/2004 de 4.3, 417/2004 de 29.3). En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del tribunal. En el primer caso porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo, porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos -como dice la STS. 310/95 de 6.3, ante un discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico, esto es, se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo STS. 2144/2002 de 19.12).

Fuera de estos casos las pericias son un medio de prueba de carácter personal, aunque con características propias que deben ser valoradas en función de las conclusiones expuestas por sus redactores y suficientemente contratadas en el momento del juicio oral.

Ahora bien, aunque como dijimos, en ciertos casos un informe pericial pueda ser considerado documento a los efectos del art. 849.2 LECrim., sin embargo no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a



la documental a tales efectos no lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación procesal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si en definitiva, la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. art. 849.2, en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efecto nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio (SSTS. 275/2004 de 5.3, 768/2004 de 18.6, 275/2004 de 5.2). Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim., y además cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación (STS. 936/2006 de 10.11).

3.3.- En el supuesto que se analiza, la sentencia recurrida (fundamento derecho noveno) tiene en cuenta las pruebas valoradas por el Tribunal de instancia, tanto personales (testificales a la víctima, su madre y su hermano) como las periciales médica y psicológica y la documental de la grabación de vídeo llevado a cabo por el hermano el 15-5-2018, haciendo especial hincapié en la declaración de la víctima que considera coherente, estable y sin contradicciones relevantes. En este extremo de las discrepancias en las declaraciones de la víctima, esta Sala en SSTS 585/2020, de 5-11; 672/2022, de 1-7; 603/2023, de 13-7; 296/2024, de 3-4, tiene dicho que:

"La jurisprudencia de esta Sala nunca ha identificado las explicables contradicciones de la víctima con la falta de persistencia. Antes, al contrario, hemos advertido acerca de la importancia de que su testimonio no implique la repetición mimética de una versión que, por su artificial rigidez, puede desprender el aroma del relato prefabricado. No podemos hacer nuestra la línea argumental según la cual, todo lo que se silenció en un primer momento y se hizo explícito en una declaración ulterior, ha de etiquetarse como falso. La experiencia indica que algunos extremos del hecho imputado sólo afloran cuando la víctima es interrogada acerca de ello. La defensa parece exigir a la víctima una rigidez en su testimonio que, de haber existido, sí que podría ser interpretada como una preocupante muestra de fidelidad a una versión elaborada anticipadamente y que se repite de forma mecánica, una y otra vez, con el fin de transmitir al órgano jurisdiccional una sensación de persistencia en la incriminación.

Algunos de los precedentes de esta Sala ya se han ocupado de reproches similares en casos de esta naturaleza. Y hemos precisado en numerosas ocasiones que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de estas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (cfr. SSTS 774/2013, 21 de octubre; 511/2012, 13 de junio; 238/2011, 21 de marzo; 785/2010, 30 de junio y ATS 479/2011, 5 de mayo, entre otras)."

Por ello, debemos solo insistir (STS 108/2023, de 16-2) en que por su naturaleza, las víctimas de delitos sexuales exponen una línea de progresividad en su declaración que determina que puedan existir modificaciones puntuales que para el recurrente puedan resultar relevantes pero que en un contexto de gravedad como el relatado en los hechos probados no tienen el rango que podría conllevar una duda capaz de apuntar a la falta de credibilidad de la víctima (vid. STS 2/2021, de 13-1, que introdujo el concepto de progresividad de la declaración de la víctima).

Y además, según señala la STS 774/2017, de 30-11 "resulta inevitable que al comparar las declaraciones que presta ... un testigo en la fase de instrucción con la que hace después en la vista del juicio afloran algunas diferencias, omisiones y contradicciones. En primer lugar porque el sujeto que declara no retiene en la memoria las mismas imágenes, datos concretos y palabras en un primer momento, a las pocas fechas de haber sucedido los hechos, que cuando han transcurrido varios meses o incluso años. Y en segundo lugar, un mismo hecho no es nunca relatado o expuesto con las mismas palabras en dos ocasiones distintas por una misma persona, incluso aunque transcurra escaso margen de tiempo entre la primera y la segunda declaración ... No se requiere un relato idéntico en todas las deposiciones del testigo, sino que exista una identidad sustancia.



De hecho esta Sala ha mantenido en alguna ocasión que "lo sospechoso sería un relato mimético, idéntico en todo momento."

CUARTO.- El motivo tercero por quebrantamiento de forma del art. 850.1 LECrim, por la denegación sistemática de la prueba pericial psiquiátrica y psicológica de parte que la defensa ha venido proponiendo y solicitando su práctica a lo largo del procedimiento y más concretamente desde su escrito de calificación provisional, habiendo consignado las oportunas protestas y los recursos procedentes. Con su denegación se ha causado una grave indefensión y no se ha permitido a la parte realizar una defensa probatoria plena del reo.

Igualmente denuncia que por la Audiencia Provincial no se ha cumplido el plazo establecido en el art. 184 LECivil desde el señalamiento del juicio hasta su celebración, al no respetarse el plazo de 10 días hábiles, sin conceder el tiempo suficiente para la correcta preparación del juicio oral con las consecuencias de indefensión citadas.

Considera también que el procedimiento penal y la sentencia recurrida están viciados al no haberse respetado tampoco el derecho del reo a ser juzgado por un juez imparcial, infringiéndose los arts. 217 y 219 LOPJ y los arts. 54 y 55 LECrim, por haber participado una Magistrada del Tribunal en un procedimiento penal anterior seguido contra el recurrente por un delito de violencia doméstica contra su esposa e hijos con fallo condenatorio.

Motivo este que deberá ser analizado conjuntamente con el motivo cuarto que por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim, ex art. 24 CE, denuncia la vulneración del derecho de presunción de inocencia del reo, así como el derecho del mismo a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses, habiéndose causado indefensión al condenado, por las mismas causas expuestas en el motivo anterior.

4.1.- Siendo así, en cuanto a la denegación de la prueba pericial consistente en que por una psiquiatra de su designación emitiese informe sobre si Cristina estaba siendo manipulada por su madre y hermano, si ha podido existir violencia o intimidación y sobre la capacidad de entendimiento de Cristina .

Previamente debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS 210/2021, de 9-3; 25/2022, de 14-1; 672/2022, de 1-7) que:

"la formulación en tiempo y forma de una proposición de prueba no es bastante, aun siendo necesario, para originar en caso de inadmisión, el quebrantamiento de forma que se denuncia, es preciso además que la prueba merezca la calificación de "pertinente". Como ha recordado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de abril de 1998, la constitucionalidad, por virtud del artículo 24 de la Constitución Española del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas "rechazando las demás" (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11).

En este sentido, las recientes sentencias de esta Sala 114/2021, de 11-2; y 580/2021, de 1-7, recuerdan que no existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, de suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecen la calificación de "pertinentes", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales". Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: "pertinencia" es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye "thema decidendi"; "relevancia" existe cuando la no realización de tal



prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta, a cuyo tenor el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (STS. 21.5.2004).

Esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece, en la sentencia 545/2014, de 26 de junio, que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio ex post. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

La STC 142/2012, de 2 de julio, al analizar el derecho a la prueba en el ámbito del art. 24.2 de la CE, argumenta que "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero)". Y también tiene dicho que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución (STC 45/2000, de 14 de febrero)>>.

En definitiva, cuando este examen se realiza en el recurso de casación, el carácter necesario, relevante de la prueba ha de valorarse teniendo en cuenta no solo sus propias características, sino también las demás pruebas ya practicadas y la decisión del Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo actuado, su práctica pudiera suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

4.3.- En el caso que nos ocupa el recurrente, en su escrito de calificación provisional, propuso aquella prueba pericial psiquiátrica. La Audiencia Provincial inadmitió la prueba y el recurrente reiteró su práctica en la segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el art. 790.3 LECrim, y la Sección de Apelación penal de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia denegó la pretensión por auto de fecha 15-7-2021, en el que se razonaba:

"Se ha practicado prueba pericial psicológica en el procedimiento, con las consiguientes entrevistas y aplicación de las correspondientes técnicas analíticas, prueba que fue previamente emitida y documentada en la fase sumarial y que fue desarrollada en el plenario con el correspondiente sometimiento a contradicción por las partes. Lo que pidió la parte recurrente no es sino una prueba bis sobre las mismas o similares cuestiones ya peritadas por profesionales independientes, prueba cuya admisión daría lugar innecesariamente de nuevo al nuevo examen introspectivo directo sobre Cristina con el consiguiente riesgo de nueva victimización no deseable."



Añadiendo la sentencia recurrida que no puede pretenderse que se practique prueba pericial psicológica para indagar a su través si el procesado obró con violencia o intimidación, datos estos de hecho relativos a la acción del mismo cuya determinación y valoración probatoria corresponde evidentemente al Tribunal sentenciador.

4.4.- Razonamiento que debe asumirse en esta sede casacional, al ser doctrina jurisprudencial la que considera innecesaria la prueba pericial sobre cuestiones sobre las que el Juez o Tribunal posee una experiencia general o específica, como es el caso de valoración de las declaraciones personales, sean confesiones o testimonios. Añadiendo que "Incluso tratándose de supuestos en los que esa pericia psicológica ha llegado o practicarse, conviene no perder de vista que 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. Se tendería 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 (...) 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 o 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).

4.5.- En cuanto a la no aplicación de lo dispuesto en el art. 184 LECivil con vulneración del derecho fundamental a una defensa plena y con todas las garantías recogido en el art. 24 CE, dado que no hubo tiempo suficiente para afrontar con plena garantía la preparación de dicho juicio.

Queja inasumible.

4.6.- La sentencia recurrida analiza la cuestión planteada en el fundamento jurídico segundo, haciendo referencia a los siguientes datos del procedimiento:

"- Mediante diligencia de ordenación de fecha 22 de enero de 2021, fue señalado el siguiente 2 de febrero para la celebración del juicio oral.

- La representación del procesado presentó escrito interesando la suspensión del juicio en base a que la referida diligencia le había sido notificada el día 27 de enero, no teniendo tiempo para preparar la defensa en el juicio con suficientes garantías.

- La Audiencia Provincial dictó providencia denegó la suspensión mediante providencia de 29 de enero en base a las siguientes razones:

"Sin embargo, el letrado de la defensa tiene conocimiento del señalamiento desde el pasado viernes 22 de enero, mediante comunicación telefónica, y conoce la causa, al ostentar la defensa del acusado desde la fase de instrucción. Los hechos no revisten complejidad, como se desprende de la lectura de los escritos de acusación.

Por ello, no se entiende la alegación de la parte relativa a la falta de tiempo para preparar el juicio, y no se aprecian causas justificadas para la suspensión del mismo".

- La defensa reiteró su solicitud como cuestión previa al inicio de la sesión del juicio oral, siendo rechazada por el tribunal, y de nuevo es rebatida en la sentencia remitiéndose a lo resuelto en la providencia antes referenciada.

2. Conforme a lo dispuesto en el art. 184 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no invocado por el apelante y aplicable supletoriamente al procedimiento penal a tenor de la regla general establecida en su art. 4, entre el señalamiento y la celebración de las vistas deberán mediar al menos diez días hábiles salvo que la ley disponga otra cosa. En el presente caso entre la diligencia fijando fecha para el juicio y esta última mediaron siete días hábiles, no habiendo razón para dudar que ese señalamiento fue comunicado telefónicamente al letrado defensor el mismo día 22 de enero según indica la providencia antes transcrita. Ciertamente no se ha cumplido este mínimo lapso temporal fijado normativamente, pero no puede entenderse que esta irregularidad conduzca sin más a la nulidad del juicio, como tampoco cabe atribuir tan grave efecto a la heterodoxa forma de comunicación aquí utilizada con anterioridad a la llevada a cabo por los cauces que le son propios. La nulidad exige signos claros de que se ha producido indefensión y de que la defensa se ha visto efectivamente mermada en sus posibilidades de actuación y de ejercicio operativo en salvaguarda del interés del acusado.

En el presente caso, esa indefensión no se aprecia. El escrito de recurso insiste en que la defensa "no pudo ser plena" y que no hubo "tiempo suficiente para afrontar con plena garantía la preparación de dicho juicio", pero no detalla en qué puntos concretos, por qué razones de fondo o en el marco de qué actividad alegatoria o probatoria se vio limitada la operatividad de la defensa, siendo claro que en esta segunda



instancia dicha defensa dispone de una total perspectiva de la causa, incrementada por la respuesta que la Sala sentenciadora ha dado a las pretensiones de las partes. El juicio oral se desarrolló con toda amplitud y posibilidades de defensa como refleja su grabación y, como indica la Sala de origen, el letrado defensor conocía sobradamente el contenido del procedimiento en tanto tenía asumida la defensa desde la fase de diligencias previas, concretamente desde el 23 de septiembre de 2019 (folio 189), es decir, un año y tres meses antes del señalamiento. Aunque el tiempo entre la notificación de la diligencia señalando fecha y el juicio es efectivamente inferior al previsto en la ley, ni se alegan datos específicos que permitan constatar una indefensión generadora de nulidad ni se atisba tampoco la existencia de los mismos."

4.7.- Razonamiento acorde con la jurisprudencia de esta Sala (por todas STS 25/2022, de 14-1) que precisa que la indefensión constitucionalmente prohibida es aquella que supone una privación real, efectiva y actual, no potencial, abstracta o hipotética de los medios de alegación y prueba, pues, como reiteradamente ha afirmado el TC (por todas, STC 133/2003, de 30 de junio): "el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa (STC núm. 25/1991, de 11 de febrero; también SSTC 1/1996, de 15 de enero; 219/1998, de 16 de noviembre)". Decía el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/1998 de 17 marzo, que "Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, siendo necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 149/1998, FJ 3.º), con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses afectados (SSTC 155/1988, FJ 4.º; 112/1989, FJ 2.º) ".

En los mismos términos se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala (vid. STS 253/2017, de 6-4; 461/2020, de 17-9; 655/2020, de 3-12; 580/2021, de 1-7) indicando que para apreciar la existencia de una indefensión, con transcendencia de lesión de un derecho fundamental, debe advertirse una efectiva y real privación del derecho de defensa. Es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia, sino que debe constatarse un impedimento a la facultad de alegar y demostrar en el proceso los derechos propios para pretender su reconocimiento, o de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, o 15/95).

Como sintetizábamos en nuestra sentencia 734/2010, de 23 de julio, la garantía constitucional de proscripción de indefensión puede resumirse en las exigencias de: a) Que sea real y efectiva, lo que no ocurre ante cualquier infracción procesal; b) que impida al titular el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; c) que sea ocasionada por el comportamiento del órgano jurisdiccional; d) que no quepa atribuir indolencia al propio titular del derecho; e) que se origine la imposibilidad de rectificación de procedimientos irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección. y f) que es carga de quien la alega su acreditación.

4.8.- Por último insiste en que la Magistrada Ilma. Sra. D^a. Encarna debió abstenerse en el juicio por haber intervenido en otra causa anterior por maltrato de su esposa e hijos, lo que afectó directamente a su imparcialidad objetiva y por supuesto al derecho de defensa del reo y a su derecho a ser juzgado de manera imparcial y por ende, se vulneró el propio art. 24.2 CE y la doctrina del Tribunal Constitucional que viene incluyendo el derecho a un juez imparcial.

Pretensión que debe ser desestimada.

4.9.- El derecho a un juicio imparcial, y como presupuesto del mismo a un Juez o Tribunal imparcial, tiene su fundamento en el hecho de que la imparcialidad constituye el núcleo de la función de juzgar, pues sin ella no puede existir el "proceso debido " o "juicio justo".

En este sentido la STS 891/2022, de 11-11, recordó como la STC 145/88 inicia la doctrina que relaciona el derecho a la imparcialidad del juzgador y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, al señalar que entre las garantías que deben incluirse en el derecho constitucional a un juicio público... con todas las garantías (art. 24.2 C.E), se encuentra, aunque no se cite de manera expresa, el derecho a un Juez imparcial, "que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho".

Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado la imparcialidad del Juzgador como una de las garantías fundamentales de un proceso justo, en Sentencias como la del Caso Delcourt (17 de enero de 1970), Piersack (1 de octubre de 1982), De Cubber (26 de octubre de 1984), Hauschildt (16 de julio de 1987), Holm (25 de noviembre de 1993), Sainte-Marie (16 de diciembre de 1992), Saraiva de Carvalho (22 de abril de 1994), Castillo-Algar (28 de octubre de 1998), Garrido Guerrero (2 de marzo del 2000), Dakaras (10 de octubre



de 2000), Rojas Morales (16 de noviembre de 2000), Werner (15 de noviembre de 2001) y Perote Pellón (25 de julio de 2002), etc. entre otras muchas.

El derecho constitucional a un proceso con todas las garantías exige que estén suficientemente garantizadas por el Ordenamiento Jurídico, tanto la imparcialidad real de los Jueces como la confianza de los ciudadanos en dicha imparcialidad, por ser ésta una convicción absolutamente necesaria en una sociedad que descansa, por su propia naturaleza, en el libre y racional consentimiento que otorgan los ciudadanos a los poderes públicos (S.T.S. de 16 de octubre de 1998 y 21 de diciembre de 1999, entre otras).

Esta garantía de imparcialidad se concibe en favor de las partes procesales, pero también, y sobre todo, en interés público, por lo que han de tomarse en cuenta todos aquellos supuestos en que concurra una "sospecha razonable de parcialidad". Para alcanzar la doble garantía de imparcialidad (imparcialidad real del Juez - subjetiva y objetiva- e imparcialidad aparente, o inexistencia de motivos que puedan generar desconfianza en el justiciable), se establecen en nuestro ordenamiento un elenco de causas legales de abstención o recusación (arts. 219 L.O.P.J. y 54 Lecrim.).

Estas causas legales incluyen situaciones de diversa índole que tienen en común la capacidad para generar, conforme a las reglas de la experiencia, influencia sobre el sentido de una decisión en el ánimo de un hombre normal. Por ello puede colegirse que también incidirán en el ánimo de un Juez, generando una relevante dificultad para resolver con serenidad, objetividad, ponderación y total desapasionamiento así como desinterés por cualquiera de las partes, la cuestión litigiosa que se le somete.

Como ha señalado esta Sala reiteradamente, por razones de seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas o infundadas recusaciones, el ordenamiento jurídico no ha encomendado al criterio particular del Juez la apreciación de los motivos por los que debe abstenerse de resolver un determinado litigio, ni ha dejado al libre arbitrio de los interesados la facultad de recusar al Juez por cualquier causa, sino que se han precisado legalmente las circunstancias que sirven taxativamente de causas comunes de abstención y recusación, relacionándolas en el art. 219 de la L.O.P.J ., precepto que actualizó en 1985 las causas anteriormente prevenidas en el art. 54 de la Lecrim., y que ha sido reactualizado mediante sucesivas modificaciones posteriores (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, y Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre).

Las causas legales se fundamentan en parámetros objetivos que determinan al Legislador a considerar que en estos supuestos concurre razonablemente una apariencia de parcialidad. Lo relevante es que objetivamente concurra una causa legal de pérdida de imparcialidad, aun cuando subjetivamente el Juez estuviese plenamente capacitado para decidir imparcialmente. Dado que esta condición subjetiva no puede conocerse con certeza, el Legislador la "objetiva", estimando que la concurrencia de la causa legal debe provocar, como consecuencia necesaria, la abstención, o en su defecto, recusación del Juzgador (STS 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999).

El Tribunal Constitucional también considera que el derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE), constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma.

Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional, siendo la recusación el instrumento legal establecido para preservarlo, constituyendo en sí mismo un derecho fundamental integrado en el más amplio derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE). Por eso, la privación de la posibilidad de ejercer la recusación implica la restricción de una garantía esencial (STC 178/2014, de 3 de noviembre de 2014, entre las más recientes).

En la STC 133/2014, de 22 de julio, se señala que "la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal.

El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial.

A esos efectos, se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él (así, SSTC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4)...



A esta distinción ha atendido también este Tribunal al afirmar, en relación con la vertiente subjetiva, que en la medida en que esta garantía constitucional se encuentra dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio; "esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra" (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

Por su parte, desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva, este Tribunal expone que este derecho se dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (STC 36/2008, de 25 de febrero, FJ 2), incidiendo en que "[l]a determinación de cuáles son las circunstancias concretas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo" (STC 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4). A esos efectos se ha afirmado que son causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva no solo la realización de actos de instrucción, la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso sino "más en general, el pronunciamiento sobre hechos debatidos en un pleito anterior" (así, SSTC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; o 45/2006, de 13 de febrero, FJ 4).

"Por lo demás, tal doctrina ha sido aplicada con reiteración por este Tribunal, (entre otras SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; y 149/2013, de 9 de septiembre, FJ 3). En ellas hemos estimado que habrá de analizarse cada caso a la luz de sus concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad del Juez ha de presumirse y los datos que pueda objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados, por una parte, y de que, por razones obvias de estricta y peculiar vinculación del Juez a la ley, tal imparcialidad es especialmente exigible en el ámbito penal (SSTC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 156/2007, de 2 de julio, FJ 6). El punto de partida es, por tanto, la regla de imparcialidad del juez conforme a criterios de normalidad, al formar parte de los elementos configuradores de la función jurisdiccional. La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues además de afectar a la composición del órgano judicial y al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, como se ha adelantado, en la medida en que aparte al juzgador del conocimiento de un asunto que le viene asignado en virtud de las normas predeterminantes de la jurisdicción, la competencia, el reparto de asuntos, la formación de Salas y la asignación de ponencias, cuya aplicación con criterios objetivos concreta el Juez del caso, tampoco puede presumirse en la medida en que tanto la infracción a sabiendas del deber de abstención (art. 417.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), como la abstención injustificada (art. 418.15 LOPJ), constituyen graves ilícitos de naturaleza disciplinaria en los que el Juez podría incurrir de incumplir el deber profesional fundamental de actuar con imparcialidad.

No obstante, se ha puntualizado que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (así, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril, FJ 9)".

Bien entendido que cuanto se acaba de decir no es un ejercicio de vacuo formalismo. Es jurisprudencia del TC clara y constante que las causas legales de abstención y recusación de jueces y magistrados enumeradas en el art. 219 LOPJ no solo constituyen una lista tasada, sino que son de interpretación estricta. Véanse en este sentido, entre otras, las sentencias del TC 145/96; 162/99; 62/2001.

La razón es que de lo contrario la conformación del órgano jurisdiccional quedaría a la libre disposición de los litigantes que tendrían un resquicio para buscar juzgadores a su medida, por no mencionar que ello podría representar una excusa para jueces o magistrados deseosos de apartarse de asuntos incómodos y todo ello determinaría, como es obvio, una quiebra del principio de predeterminación legal del juez o tribunal (arts. 24 y 117 CE) que se encuentra en el núcleo mismo del Estado de Derecho.



4.10.- En el caso que nos ocupa basa el apelante su pretensión en que una de las Magistradas que integraron la Sala sentenciadora, D^a. Encarna, formó parte también del Tribunal que dictó sentencia confirmando parcialmente una condena pronunciada por un Juzgado de lo Penal en relación al acusado Jorge por delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, lo cual supondría que la misma se halla contaminada y carente de la debida imparcialidad para el conocimiento de la presente causa.

Ciertamente, al comienzo de las sesiones del juicio oral la acusación particular presentó como prueba documental la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla condenando a Jorge y fue entonces cuando la defensa aportó la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial.

Por ello, como señala la sentencia recurrida:

"La defensa tuvo perfecto conocimiento de la identidad de la Magistrada en cuestión y de su presencia como miembro del tribunal, cosa que no cuestiona el recurrente y que además constata esta Sala de apelación a través de la grabación del juicio, donde se comprueba que el presidente del tribunal informó a las partes de que la referida Magistrada formaba parte del mismo y les preguntó si tenían que hacer alguna observación, respondiendo las partes negativamente. Así, la defensa no opuso entonces óbice alguno a la composición del tribunal ni planteó la recusación como debió haber hecho si estimaba improcedente la intervención de la aludida Magistrada, de manera que es de todo punto improcedente que ahora, una vez ultimada la primera instancia y dictada sentencia poniendo fin a la misma, se plantee ex novo la cuestión pretendiendo la nulidad de unas actuaciones a las que la defensa se aquietó.

Con carácter general, para alegar con éxito la falta de imparcialidad del Tribunal o de alguno de sus miembros es exigible que previamente se haya planteado en tiempo la recusación del juzgador o juzgadores de que se trate. Así lo indica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias 140/2004 de 13 de septiembre y 28/2007 de 12 de febrero) y del Tribunal Supremo (sentencias 735/2006 de 4 de julio, 259/2015 de 30 de abril, 187/2017 de 23 de marzo y 518/2019 de 29 de octubre).

Lo expresa la sentencia 140/2004 del Tribunal Constitucional, resaltando tanto la importancia de la recusación previa como de que ésta sea temporánea.

"...no cabe apreciar la lesión del derecho invocado cuando el recurrente tuvo ocasión de ejercer su derecho a recusar y no recusó. De manera específica, lo que nuestra jurisprudencia ha exigido, por razón de lo dispuesto en el art. 44.1 c) LOTC, es que la invocación en el proceso judicial del derecho fundamental vulnerado se produzca tan pronto como, conocida la vulneración, hubiera lugar para ello, declarando que el ejercicio diligente de la facultad de recusar es "presupuesto procesal de un posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al Juez imparcial, pues normalmente ese incidente es el que permite invocar el derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida la vulneración hubiese lugar para ello y simultáneamente agotar los recursos utilizables dentro de la vía judicial" (SSTC 384/1993, de 21 de diciembre, FJ 2 ; y 210/2001, de 29 de octubre , FJ 3)".

En consecuencia, razona el Tribunal Constitucional, "la omisión de la recusación no puede ser suplida con posteriores recursos contra la resolución de fondo basados en la alegación posterior a ésta de la concurrencia de una supuesta causa de recusación en alguno de los Magistrados que la han dictado. Según declaramos en el ATC 112/1991, de 12 de abril, "no cabe olvidar que las garantías establecidas en el art. 24 CE son aplicables a todas las partes en el proceso y que, de admitirse ahora la infracción denunciada -la del derecho al Juez imparcial formulada por quien tuvo ocasión de recusar-, resultarían lesionados los derechos de la otra parte que, una vez obtenida resolución favorable a sus intereses, se vería privada de la misma por una causa que pudo en su caso ser corregida durante la tramitación del proceso y que no fue alegada hasta conocerse el resultado del mismo".

En este sentido el art. 223.1 LOPJ dispone que la recusación debe ser propuesta, so pena de su inadmisión a trámite, tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, y en todo caso será inadmitida: 1º) cuando no se proponga en el plazo de 10 días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del juez o magistrado a recusar, si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese anterior a aquel y, 2º) cuando sea propuesta pendiente ya un proceso, si la causa de recusación se conociese con anterioridad al momento procesal en que la recusación se proponga.

Prevenciones estas omitidas por el hoy recurrente, por lo que el motivo deviene improsperable.

QUINTO.- Resta pronunciarse sobre la posible aplicación de la LO 10/22, de 6-9, para lo que por diligencia de ordenación se dio traslado a las partes.

La representación procesal del condenado Jorge, por escrito fechado al 16-11-2022, interesó que conforme lo preceptuado en el art. 2 CP al poder ser más favorable al reo se tenga en cuenta por este Tribunal la susodicha



ley y la aplicación de la misma a este caso en aquello que resulte más favorable al condenado y en las posibles rebajas de las penas aplicables al mismo e incluso con la posibilidad de absolución del reo con la aplicación de la precitada ley.

El Ministerio Fiscal, por escrito de 14-12-2022, informó que la condena impuesta al recurrente lo fue por la comisión de un delito de agresión sexual a su hija, discapacidad de 28 años, (retraso mental ligero con grado de discapacidad del 65%) en reiteradas ocasiones desde Enero a Mayo de 2018, con intimidación y amenazas, y siendo condenado en sentencia 39/21, de 4-2, por la Audiencia Provincial de Sevilla, como autor de un delito de agresión sexual de los arts. 178, 179, 180.1-3 y 4 y art. 74.1 y 3 CP, a la pena de 14 años, 3 meses y 1 día de prisión, condena que fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sentencia 316/21, de 20-12.

Estos hechos, con arreglo a la nueva regulación, serían constitutivos de un delito de agresión sexual continuado realizado sin consentimiento, con intimidación del art. 178.1 (pena de 1 a 4 años) con acceso carnal, vaginal y anal, art. 179 (pena de 4 a 12 años) y con persona de especial vulnerabilidad por su discapacidad y ser ascendiente, art. 180.1.3º y 4º, en su mitad superior (pena de 7 a 15 años) y en relación con el art. 74.1.3, a su vez impuesta en su mitad superior: 13 años y 1 día a 15 años.

Por ello entiende el Ministerio Fiscal que con arreglo a la nueva legislación no se considera más favorable esta ley, pues la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias es también imponible con arreglo a esta reforma del Código y adecuada a la gravedad del hecho y culpabilidad del autor.

Procede, por ello, mantener la condena del recurrente por el delito continuado de agresión sexual con intimidación perpetrado contra su hija discapacitada en los términos expresados.

Conforme a los criterios adoptados por esta Sala en los Plenos de los días 6 y 7 de junio de 2023, debe procederse a la revisión de la pena impuesta.

En efecto, la sentencia de la Audiencia Provincial, en la individualización de la pena, considera que conforme a lo dispuesto en el art. 66.6 CP, no se aprecian motivos para imponer una pena superior a la mínima atendiendo a las circunstancias personales del acusado, que carecía de antecedentes penales a la fecha de la comisión de los hechos y que la gravedad de los hechos ya es tenida en cuenta para la imposición de la citada pena.

Siendo así, no se aprecian circunstancias especiales que avalen un apartamiento del criterio general acordado en aquel Pleno, en el sentido de que la imposición de la pena en el grado mínimo con arreglo a la anterior regulación, con o sin motivación adicional, conlleva la revisión de la pena y su imposición en el mínimo de la ley actual más favorable.

Consecuentemente deberá imponerse al recurrente la pena de prisión de 13 años y 1 día, con las accesorias acordadas en la sentencia recurrida.

Ahora bien, estimada la procedencia de la revisión y la aplicación de las normas contempladas en la LO 10/2022, de 6-9, dicha regulación deberá ser aplicada en su totalidad y no de forma selectiva o fragmentaria. La comparación entre las normas cuya vigencia se sucede en el tiempo, con carácter general, debe ser realizada de forma completa.

- En efecto, tal como hemos resuelto en el Pleno 6-7 junio de 2023 (SSTS 487/2023, de 21-6; 523/2023, de 29-6), así es, al menos, con toda evidencia, por lo que respecta a los extremos relativos a las consecuencias jurídicas que se incorporan en cada una de las normas que se suceden temporalmente, consecuencias asociadas a la comisión de las conductas delictivas que tratan de subsumirse en uno u otro marco normativo. Imposible sería conocer con precisión cuál pueda resultar la norma más favorable si, para dicha labor de selección, solo se tuviera en cuenta una parte de la nueva penalidad.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre determina, en el nuevo artículo 192.3 que la autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el Título VIII (delitos contra la libertad sexual), sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia, si el delito fuere grave, y entre dos y veinte años, si fuera menos grave.

Naturalmente, nada hay en ello que pudiera vulnerar el principio acusatorio. Desde luego, la acusación se formuló de acuerdo con la legislación vigente al tiempo de producirse los hechos (que no contemplaba dicha sanción accesoria). Sin embargo, promovida, --por definición en eventual beneficio del condenado--, la posible revisión de la condena como consecuencia de la entrada en vigor de un nuevo texto legal más favorable, dicha calificación solo podrá alcanzarse a partir de las consecuencias jurídicas que la nueva norma anuda a



la conducta ya enjuiciada, tomando aquella en su totalidad. Cuando la naturaleza de las penas, como en este caso, no resultara, total o parcialmente, idéntica (añadiéndose, como aquí, una pena privativa de derechos a la privativa de libertad), es el conjunto de dicha sanción el que deberá ser ponderado, la norma completa, para determinar cuál dentro de las concurrentes merece calificarse como más favorable, siempre naturalmente con audiencia del reo, en particular cuando pudieran existir dudas a ese respecto. La norma más favorable ha de resultar de la comparación completa de las concurrentes, aplicando en su totalidad la que resulte más beneficiosa, sin que pueda crearse una tercera norma, artificial e inexistente, formada con la aplicación parcial de los aspectos más favorables de una y otra.

Del mismo modo, es claro que no se vulnerarían las exigencias derivadas del principio acusatorio cuando, por hipótesis, la nueva ley sustituyese una pena privativa de libertad por otra de diferente naturaleza (por hipótesis, privativa de derechos o de carácter pecuniario), por la que, evidentemente y por no existir entonces no se formuló acusación.

Así lo hemos señalado, por ejemplo, en nuestras sentencias números 324/2023, de 10 de mayo, 285/2023, de 21 de abril; o 235/2023, de 30 de marzo. Puede leerse, por ejemplo, en la segunda de ellas: <<[L]a entrada en vigor el pasado mes de octubre de la reforma operada por efecto de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que ha dotado de nueva configuración y regulación al Título VIII del Libro II del Código Penal, nos obliga a efectuar la comparación normativa a efectos de determinar si la nueva regulación resulta más beneficiosa al condenado pues, de ser así, habrá de serle retroactivamente aplicable por indicación del artículo 2.2 del Código Penal. Y la Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa según el cual el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas normativos. Como decíamos en la STS 107/2018, de 5 de marzo "No es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad">>.

SEXTO.- Consideradas las alegaciones del recurrente en orden a la aplicación retroactiva de la nueva Ley 10/2022 como un adicional motivo de recurso, su estimación implica la declaración de oficio de las costas (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

1º) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Jorge**, contra la sentencia nº 316/2021, de fecha 20 de diciembre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 195/2021.

2º) Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 1119/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente



D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D.ª Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 18 de abril de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1119/2022, interpuesto por **Jorge**, contra la sentencia nº 316/2021, de fecha 20 de diciembre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 195/2021, en causa seguida por delito de agresión sexual, contra el citado recurrente, sentencia que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Tal como se ha razonado en la sentencia precedente, procede por aplicación retroactiva de la Ley 10/2022, de 6-9, modificar la pena impuesta al recurrente **Jorge**, en el sentido de fijarla en 13 años y 1 día de prisión, con inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo de cinco años superior a la pena de privación de libertad impuesta, esto es, 18 años y 1 día, manteniendo el resto de accesorias impuestas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida, debemos condenar y condenamos a **Jorge** como autor de un delito de agresión sexual, ya circunstanciado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad, a la pena de 13 años y 1 día de prisión, con inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo de cinco años superior a la pena de privación de libertad impuesta, esto es, 18 años y 1 día, manteniendo el resto de accesorias impuestas.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina