



Roj: **STS 4008/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4008**

Id Cendoj: **28079120012021100818**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/11/2021**

Nº de Recurso: **10255/2021**

Nº de Resolución: **838/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 838/2021

Fecha de sentencia: 03/11/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10255/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/10/2021

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

Procedencia: T.S.J.MURCIA

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

Transcrito por: MMD

Nota: ATENCION: NO SE PUEDE ENTREGAR COPIA DE LA PRESENTE SENTENCIA SIN SU PREVIA OCULTACION DE AQUELLOS DATOS QUE PERMITAN SU IDENTIFICACION (NOMBRE, APELLIDOS, FECHA DE NACIMIENTO, NUMERO DE RECURSO DEL T.S., NUMERO DE RECURSOS DE ORIGEN)

RECURSO CASACION (P) núm.: 10255/2021 P

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 838/2021

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 3 de noviembre de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 10255/2021, interpuesto por **Jose Miguel**, representado por el procurador D. Francisco Antonio Bernal Segado, bajo la dirección letrada de D. Javier Aguilar Conesa, contra la sentencia nº 8/2021, de fecha 26 de febrero de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el Rollo de Apelación nº 2/2021. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida D^a. Guadalupe, representada por el procurador D. Luis Eduardo Roncero Contreras, bajo la dirección letrada de D. José Rico Martínez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION000 instruyó Sumario Ordinario nº 5/2018, contra Jose Miguel, por un delito de abuso sexual y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en DIRECCION002, que en el Procedimiento Sumario Ordinario nº 10/2019, dictó sentencia con fecha 14 de octubre de 2020, que fue recurrida en apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que en el Rollo de Apelación nº 2/2021, dictó sentencia nº 8/2021, de fecha 26 de febrero de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<De conformidad con las pruebas practicadas en el acto del juicio oral se declara expresa y terminantemente probado que: El acusado Jose Miguel con NIE NUM000, mayor de edad en cuanto nacido el día NUM001 de 1981 sin que consten antecedentes penales, y conocido como " Gotico ", vivía con su pareja Lucía y el hijo de esta en la CALLE000 nº NUM002 de DIRECCION001. Desde el mes de noviembre de 2017 y hasta el 21 de octubre de 2018 vivía con ellos la sobrina de Lucía, llamada Remedios, menor de edad en cuanto nacida el día NUM003 de 2010. Remedios permanecía con ellos desde el domingo por la tarde hasta el viernes por la tarde, durmiendo los tres el mismo dormitorio, donde había una cama que compartían el acusado y Lucía, y otra en la que dormía Remedios. Los fines de semana, la menor permanecía en casa de su madre Guadalupe. Así, el acusado aprovechando esa relación de confianza y de parentesco, en reiteradas ocasiones entre noviembre de 2017 y el 2 de abril de 2018, fecha en la que Remedios cumple años, estando en el dormitorio que compartía con la menor, le exhibió vídeos de contenido pornográfico en su teléfono móvil, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, cogía fuertemente la mano de la menor para que le tocara el pene y le realizara una masturbación, pese a la oposición que Remedios mostraba.

Así mismo, en fecha no determinada y estando el procesado en el dormitorio junto a Remedios, movido por el mismo ánimo libidinoso, en una ocasión, le introdujo los dedos en la vagina mientras le exhibía vídeos de contenido pornográfico. En otras cuatro ocasiones, entre el 2 de abril de 2018 y el 21 de octubre de 2018, el procesado puso a Remedios a cuatro patas sobre la cama, y permaneciendo él de pie la penetró analmente. La última ocasión ocurrió el miércoles 10 de octubre de 2018, sobre las 14.00 horas, después de llegar Remedios del colegio, y mientras Lucía, que sufre severos problemas de audición se encontraba en la cocina. En esta ocasión el procesado volvió a exhibir a la menor una película de contenido pornográfico, y después de bajarse sus pantalones, le bajo a Remedios los suyos, y tras ponerla a cuatro patas sobre la cama, la penetró analmente, procediendo a limpiarse con una servilleta de papel tras eyacular.

Como consecuencia de ello Remedios presentaba la parte interna de los labios menores, vulva e introito vaginal muy enrojecido, sufriendo un desgarro incompleto de himen a las 9 horarias, resultando compatible con la introducción de los dedos en la vagina.

El día 23 de octubre de 2018 se dictó auto de prisión contra el procesado, situación en la que permanece hasta el día de hoy. >>

SEGUNDO.- La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Jose Miguel como autor de un delito de abusos sexuales del art. 183.1 y 3, del mismo CP, a la pena de once años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta durante dicho periodo, prohibición de aproximarse a la menor a distancia inferior a 300 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio durante los 10 años que excedan de la pena privativa de libertad, y a que indemnice a Remedios en la cantidad de 12.000 euros, e igualmente, al pago de las costas.

Notifíquese esta sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que, en virtud de lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra la misma cabe interponer recurso de casación dentro de los cinco días siguientes a la última notificación. >>

TERCERO.- La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, dictó auto de aclaración de fecha 28 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

<<RAZONAMIENTOS JURÍDICOS



...

Segundo.- En el presente caso, la anterior representación solicita que se aclare lo referente al recurso que cabe interponer frente a la citada resolución al hacer referencia al recurso de casación.

En efecto, conforme a lo previsto en el artículo 843 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede aclarar la referida Sentencia sustituyendo la mención del recurso de casación por la de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, debiendo interponerse ante esta misma Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de los diez días siguientes a su notificación.

Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación,

ACUERDO: que debo aclarar y aclaro la Sentencia de fecha 14 de octubre de 2020 dictada en las presentes actuaciones en el sentido que ha quedado expuesto en el párrafo segundo del razonamiento jurídico segundo de esta resolución. >>

CUARTO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<1.- Estimar parcialmente el recurso del Ministerio Fiscal en el sentido de apreciar la concurrencia del subtipo agravado de prevalimiento previsto en el artículo 183.4.d) CP, al tiempo que se procede a la corrección de la omisión meramente material de no recoger en el fallo la referencia a la continuidad delictiva apreciada en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, de forma que el delito por el que finalmente se condena es el de abuso sexual continuado de los artículos 183.1, 3 y 4.d) y 74, todos ellos del Código Penal.

2.- Estimar parcialmente el recurso del Ministerio Fiscal también en el extremo de adicionar a las penas impuestas en sentencia, que en lo demás se mantienen en sus propios términos: a) la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta y cuyo contenido se concretará en su momento con observancia de lo dispuesto en el art. 106 y previa propuesta del juez de vigilancia penitenciaria por el procedimiento previsto en el art. 98, todos ellos del Código Penal; y b) la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo 14 años y 6 meses.

3.- Desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Jose Miguel .

4. -Declarar de oficio las costas de estas alzada.

Notifíquese a todas las partes personadas en esta alzada y póngase en conocimiento personal de la menor Remedios , en su condición de víctima y en la persona de su representante legal, doña Guadalupe , así como a través de su representación procesal en la causa, tal como disponen los artículos 109 LECrim y 7 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.

Frente a esta resolución cabe recurso de casación previsto en los artículos 792.4 y 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo manifestar el que lo interponga la clase de recurso que trate de utilizar, petición que formulará mediante escrito autorizado por abogado y procurador dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la Sentencia, y que solicitará ante este Tribunal. >>

QUINTO.- 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.

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

Motivos aducidos en nombre del recurrente Jose Miguel :

Primero.- Por vulneración de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, señalando como preceptos constitucionales vulnerados el art. 24.1 y 2 CE en conexión con el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas.

Segundo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1 LECrim, por haberse denegado diligencias de prueba que, propuestas en tiempo y forma, se consideran pertinentes. Concretamente se deniega la práctica de sendas pruebas periciales psiquiátricas.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1 LECrim, por haberse denegado diligencias de prueba que, propuestas en tiempo y forma, se consideran pertinentes. Concretamente se deniega la práctica de la prueba testifical de Don Cornelio .



Cuarto.- Por infracción de ley, fundado en el art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del apartado d) del art. 183.4 CP.

Quinto.- Por infracción de ley, fundado en el art. 849.1 LECrim, por inaplicación del art. 21.6 CP, atenuante de dilaciones indebidas.

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

OCTAVO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 26 de octubre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Jose Miguel

PRIMERO.- *Cuestión Previa.*

1.1.- Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26-2-2021, en el procedimiento del Recurso de Apelación Penal 2/2021 que desestimó en su totalidad el recurso de apelación interpuesto por la representación del acusado Jose Miguel, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, que le había condenado como autor de un delito continuado de abusos sexuales del art. 183.1-3 del CP, a las penas de once años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta durante dicho periodo, prohibición de aproximarse a la menor a distancia inferior a 300 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio durante los 10 años que excedan de la pena privativa de libertad, y a que indemnice a Remedios en la cantidad de 12.000 euros, e igualmente, al pago de las costas; y estimó parcialmente el recurso del Ministerio Fiscal en el sentido de apreciar la concurrencia del subtipo agravado previsto en el art. 183.4.d) CP (prevalimiento) y adicionar a las penas impuestas en sentencia las de: a) la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta y cuyo contenido se concretará en su momento con observancia de lo dispuesto en el art. 106 y previa propuesta del juez de vigilancia penitenciaria por el procedimiento previsto en el art. 98, todos ellos del Código Penal; y b) la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo 14 años y 6 meses. Se interpone el presente recurso de casación por cinco motivos:

El primero por vulneración de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, por vulneración de los arts. 24.1 y 2 CE, en conexión con el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en cuanto que consagra los derechos a obtener tutela judicial efectiva sin indefensión, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada, a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a la presunción de inocencia y a un juicio justo y equitativo. El segundo por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1 LECrim por haberse denegado diligencias de prueba, propuestas en tiempo y forma, que se consideran pertinentes, en concreto la práctica de sendas pruebas periciales psiquiátricas. El tercero por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1 LECrim por haberse denegado diligencias de prueba que, propuestas en tiempo y forma, se consideran pertinentes, en concreto la testifical de Cornelio. El cuarto por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del apartado d) del art. 183.4 CP. El motivo quinto, por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación del art. 21.6 CP.

1.2.- Debemos por ello, efectuar unas consideraciones previas sobre la reforma operada por Ley 41/2015, de 5-10, que introdujo el previo recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia y del que conocen las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

En este sentido, hemos dichos en recientes sentencias 552/2021, de 23-6; 596/2021, de 6-7; 642/2021, de 15-7, que si la falta de desarrollo de la segunda instancia había implicado un ensanchamiento de los límites impugnatorios del recurso de casación para hacer realidad en nuestro sistema el derecho a la doble instancia, art. 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, es evidente que cuando el objeto del recurso no está ya constituido por una sentencia dictada en primera o única instancia, sino por una sentencia de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos. En este sentido en la fijación de pautas que faciliten la necesaria redefinición cobran especial valor las sentencias dictadas por esta Sala Segunda para resolver los recursos de casación formalizados contra sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.



De esta jurisprudencia, SSTS 856/2014, de 26 de diciembre; 40/2015, de 12 de febrero; 497/2016, de 9 de junio; 240/2017, de 5 de abril; 450/2017, de 21 de junio; 225/2018, de 16 de mayo; 293/2018, de 18 de junio; 696/2018, de 26 de diciembre, se desprende una doble reflexión:

La primera que la casación en sus orígenes históricos no era sino un control de legalidad, referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación antes de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, bien que esta cumplía con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de junio y 116/2006 de 24 de abril, volvieron a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", y en la actualidad, como ya hemos referido, en las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido SSTS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de mayo; 1249/2009 de 9 de diciembre; 882/2016, de 23-11; 236/2017, de 5-4.

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala --SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, pero solo a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. Esto es, se debe insistir en que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 7 de mayo de 2019, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar la apelación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia, ante un control de legalidad, es decir de la corrección de la apreciación del derecho que efectuó el tribunal de apelación, ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

En esta dirección la STS 476/2017, de 26-6, recuerda que la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal operada por la Ley 41/2015, publicada en el BOE de 6 de octubre de 2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, ya se trate de sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal, ya por las Audiencias provinciales. En ambos supuestos se generaliza la segunda instancia, respectivamente ante la Audiencia provincial o ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de



Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, 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.

La casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, 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. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE).

Además, la reforma propiciada por la Ley 41/2015 extiende, el recurso de casación a todos los procedimientos seguidos por delitos, con la única excepción de los delitos leves, con independencia de su gravedad y del órgano al que competa la revisión a través de la apelación. La ley 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 que como derecho prevén el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por otra parte, para hacer viable el nuevo sistema y equilibrar el modelo, la Exposición de Motivos de la reforma enumera las medidas previstas: a) la generalización de la casación por el número 1 del art. 849 de la ley procesal, infracción de ley por error de derecho, reservando el resto de los motivos de casación a los delitos más graves; b) se excluyen del régimen de la casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, se excluyen las que hayan sido anuladas en la apelación, para evitar un retraso en la resolución definitiva; y c) se dispone la posibilidad de que los recursos interpuestos contra sentencias en apelación dictadas por la Audiencia provincial o la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional puedan inadmitirse a través de una providencia "sucintamente motivada" que se acordará por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".

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.

Como hemos dicho en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 26 de marzo, que conoció de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el art. 9,3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva)", porque esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también la sirva, en la medida en que el enjuiciamiento y su revisión, ya están cumplidos con las dos instancias, y sí reclamada por la seguridad jurídica, para enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. "Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE, más que de su art. 24".

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

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 cuanto al contenido del control cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, hemos de tener en cuenta, principalmente, que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. En estos supuestos la función de la Sala II se concreta "en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos" (STS 163/2017, de 14 de marzo).

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.

SEGUNDO. - El motivo primero por vulneración de preceptos constitucionales al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señalando como preceptos constitucionales vulnerados el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española en conexión con el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en cuanto que consagra los derechos a obtener tutela judicial efectiva sin indefensión, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada, a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a la presunción de inocencia y a un juicio justo o equitativo, dada la concurrencia



de vicios de nulidad en diligencias probatorias relevantes para el fallo y conculcación del derecho a los medios de prueba pertinentes para la defensa, con grave indefensión y vulneración de la presunción de inocencia.

Se vulneran los derechos a la defensa, a un proceso con todas las garantías, a un juicio justo y a la presunción de inocencia desde el momento en que la Sentencia recurrida no estima la impugnación y consiguiente petición de nulidad de la exploración de la menor realizada en fecha 23 de octubre de 2018, llevada a efecto por el Juzgado de Instrucción 4 de DIRECCION000, así como, en virtud de la doctrina de "los frutos del árbol envenenado", sobre la nulidad interesada del Informe de Credibilidad emitido por las Psicólogas Forenses de fecha 11 de febrero de 2019, que se sirve de aquélla exploración (nula de pleno derecho) para llevar a cabo su análisis de credibilidad.

Igualmente, se vulneran idénticos derechos y el de poder hacer uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa desde el momento en que la Sentencia tampoco estima las impugnaciones denunciadas reiteradamente en relación a la denegación de práctica de medios de prueba pertinentes propuestos por esta la defensa y se mantiene tal denegación. Concretamente deniega: 1) Informe Pericial Psiquiátrico y de credibilidad de Don Jose Miguel y Pericial Psiquiátrica consistente en Contra-informe de Credibilidad respecto al existente de la menor Remedios 2) testifical del señor Cornelio.

2.1.- Respecto a la nulidad de la diligencia de exploración de la menor, de fecha 23-10-2018 y subsiguiente del informe de credibilidad de la menor emitido por la psicóloga forense, por violación del derecho fundamental a la defensa, tutela judicial efectiva y contradicción, causando evidente indefensión al hoy recurrente, dado que dicha exploración se llevo a cabo:

- 1) sin intervención alguna de la defensa, siquiera mediata.
- 2) sin mediar profesional psicólogo.
- 3) sin ser objeto de grabación por medios audiovisuales y con infracción, por tanto, del art. 433 LECrim.

La consecuencia, según el recurrente, es que la Sala no puede fundamentar el fallo condenatorio en la declaración de la menor posteriormente realizada en sede de juicio oral y ello porque esta declaración, valorada expresamente por la Audiencia Provincial, presenta -sobre todo cuando pregunta el Ministerio Fiscal- partes relevantes que son absolutamente inaudibles, y en lo que se puede escuchar con cierta nitidez, se pone de manifiesto una declaración manifiestamente pobre, cambiante y con enormes lagunas de memoria, y además aquella exploración de la menor ante el Juzgado de Instrucción, que califica de nula de pleno derecho, fue la utilizada y aplicada por la psicóloga D^a. Carolina a la hora de emitir su informe de credibilidad de 11-2-2019.

2.2.- Previamente debemos recordar que es constante la doctrina que fija 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 de abril) 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.

Y esta exigencia de una materialización efectiva de la indefensión derivada de los defectos que puedan surgir en la documentación del contenido de los debates del Juicio Oral, singularizada en algunas de las resoluciones de esta Sala más veteranas (STS 464/2015, de 7 de julio; y la STS 1000/2016, de 17 de enero), se sintetizó posteriormente en el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de 24 de mayo de 2017 que, tras proclamar la necesidad de garantizarse la autenticidad, la integridad y la accesibilidad del contenido del soporte que se entregue a las partes y que se remita a los Tribunales competentes para la resolución del recurso, concluye que "Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución". Contenido que ha sido aplicado por diversas sentencias posteriores como la STS 529/2017, de 11 de julio; o STS 84/2018, de 15 de febrero; o ATS 1334/2018, de 18 de octubre).

En definitiva, y sintetizando la jurisprudencia sobre el particular, una vez constatada la existencia de un defecto de grabación, procede valorar si el mismo es revelador de una verdadera indefensión material, a la vista del tipo de impugnación, la naturaleza de los motivos invocados, y las alegaciones que se incluyen en ellos; pero en todo caso, ha de tenerse presente que: i) las deficiencias en la grabación del juicio oral no alteran los márgenes del recurso de casación marcados por la necesidad de respetar la valoración de la prueba efectuada en la instancia, con las garantías que proporciona el principio de inmediación; ii) la deficiente grabación del juicio, no conlleva, en todo caso, indefensión, cuando el Tribunal de casación está en condiciones de evaluar, sin limitación, la corrección del juicio probatorio, en el caso concreto y en atención a las alegaciones del recurso; y iii) sería posible plantearse una indefensión si el recurrente precisa el contenido concreto de las pruebas, de manera alguna que sean incompatibles con lo expresado por los Magistrados en su sentencia y siempre que para resolver el recurso sobre este aspecto sea imprescindible conocer lo acaecido en el juicio no documentado.

2.3.- Siendo así, este motivo es reiteración del formulado en el previo recurso de apelación y fue resuelto por el TSJ en el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida en los siguientes términos:

"Para resolver este motivo, debemos partir de la reiterada jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 145/90, 230/92, 106/93, 185/94, 1/96 o 89/97) que establece que no es suficiente para declarar la nulidad de actuaciones judiciales la vulneración formal de algún trámite procesal, por muy trascendente que éste sea, sino que es necesario comprobar que esa vulneración ha ocasionado una efectiva y material indefensión (tal y como exige el art. 238.3 LOPJ).

El examen de las alegaciones y de las actuaciones practicadas permite comprobar que, si bien la práctica de aquella primera exploración de la menor llevada a cabo sin comunicación ni posibilidad de intervención de las partes procesales supuso una infracción de las previsiones procedimentales aplicables, lo cierto es que la propia sentencia deja claro el nulo valor probatorio que otorga a aquella primera exploración, a la que en ningún momento cita cuando analiza el acervo probatorio tenido en consideración para fundar su convicción. Por el contrario, cuando se refiere y analiza el testimonio de la menor, se centra en la exploración de ésta en el acto del plenario, que se llevó a efecto con intervención de todas las partes y plena preservación de las garantías de defensa y contradicción. Y lo mismo acontece con el posterior informe de credibilidad de las psicólogas forenses que, además del escaso valor que le otorga la sentencia apelada, fue llevado a efecto por los peritos mediante examen directo por ellos de la menor y traído al acto del juicio oral en adecuadas garantías de contradicción."

2.4.- Razonamiento correcto.

Hemos de partir de que tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala coinciden en afirmar la exclusiva validez de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, a efectos de enervar la presunción de inocencia, pero es cierto que admiten determinadas excepciones que con carácter general exigen el cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos.

Por ello, tal y como afirmamos en nuestra Sentencia 415/2017, de 8 de junio: "Cuando se trata de menores, especialmente cuando según la denuncia han sido víctimas de delitos contra la indemnidad sexual, es conveniente proceder a su exploración, en sede judicial, mediante el concurso de expertos, adoptando las necesarias medidas de protección, generalmente consistentes en realizar la exploración en sala independiente, con comunicación visual y de audio con la que ocupe el Juez y las partes, y garantizando la posibilidad de contradicción, para lo cual es imprescindible dar a las partes la oportunidad de estar presentes y de efectuar las preguntas que consideren oportunas, siempre que sean consideradas pertinentes por el Juez, a través del cual se trasladarán al experto para que las formule a la persona explorada en la forma que considere más conveniente. La ley (artículo 433 de la LECrim) exige estas garantías para que, al tiempo que se protegen los intereses de la persona menor de edad, se asegure la eficacia de los derechos del imputado. De forma que la



exploración deberá ser grabada por medios audiovisuales, y en el caso de que no resulte posible o procedente el interrogatorio de las víctimas en el plenario, deberá procederse a la visualización de esa grabación."

Cuando se trata de testigos menores de edad, con mayor razón si aparecen como las víctimas de los hechos denunciados, esta Sala ha admitido que la imposibilidad de acudir al testigo directo está basada en la inconveniencia de someter a aquellos a un nuevo interrogatorio, acreditada por informes periciales adecuados. En este sentido, en la STS nº 71/2015, de 4 de febrero, se decía que esta Sala "ha estimado (SSTS 96/2009, de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras) que la previsión de "imposibilidad" de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores". Y, más adelante, se dice que "Cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos".

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 401/2015, de 17 Junio, señalando que: "Recientemente hemos dicho - STS 925/2012, 8 de noviembre- que no siendo pacífico admitir la preconstitución probatoria durante la fase de investigación o instrucción (arts. 433.2 y 448.3 y 4 LECrim) como sustitutivo de la deposición de los menores en el acto del juicio oral, sí que lo es convenir que en supuestos como el examinado ese tipo de preconstitución facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción.

Se constata de la anterior jurisprudencia que los supuestos contemplados son aquellos en los que los menores han declarado con las necesarias formas de protección de la intimidad y evitación del daño secundario en el sumario y siempre bajo la supervisión judicial (arts. 433, 448 y 707 LECrim), pero no lo han hecho en el juicio oral, por haberlo desaconsejado informes psicológicos.

En efecto, la no presencia en juicio del menor, bastando como prueba aquella declaración sumarial preconstituida, ha sido admitida -como ya hemos señalado- por esta Sala Segunda, conforme una jurisprudencia consolidada del TC, ss. 174/2011, de 7-11; 57/2013, de 11-3, recordando que en tales casos, "la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal" (FJ 3), que podría verse gravemente alterada con la inserción del menor en entorno de un procedimiento penal y, en particular, con el sometimiento al debate contradictorio entre las partes inherente a la dinámica del juicio oral. En tales supuestos, las manifestaciones verbales de los menores podrían llegar a erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena, si bien únicamente cuando se hubiera dado al acusado la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral" (FJ 3), y que pasarían por ofrecer " una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual", y por "tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior " (STC 174/2011, citando el caso A.S. c. Finlandia, § 56) .

También enseña la STS nº 579/2019, que "se ha advertido de que la presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Ciertamente esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes de los que son elocuentes muestras las SSTS 96/2009, 10 de marzo; 593/2012, 17 de julio; 743/2010, 17 de junio y ATS 1594/2011, 13 de octubre. Ciertamente, como justificación de las especialidades que se deben adoptar en relación con esas declaraciones, se ha argumentado por los especialistas, no se trata sólo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los



que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad. La concurrencia de un profesional experto en la realización de esas entrevistas tiene un valor especial, aunque desde luego resulta irrenunciable la dirección y supervisión judicial y la contradicción asegurada por la presencia de todas las partes. Se justifica la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción en los supuestos de menores víctimas de determinados delitos, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, pero ello debe entenderse cuando sea previsible en cada caso que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños psicológicos. Además, obvio es decirlo, tal previsión ha de ser seriamente constatada".

2.5.- Ahora bien, tal doctrina que avalaría la tesis del recurrente, toda vez que aquella exploración de la menor en instrucción se llevó a cabo sin comunicación ni intervención de las partes procesales y sin grabación audiovisual, no es aplicable al caso, toda vez que la exploración de la menor practicada en el juicio oral, con intervención directa de todas las partes -subsanándose así cualquier defecto de anteriores exploraciones- y es esa prueba la que ha sido valorada por el tribunal, y aunque el recurrente pretenda cuestionar su valor calificándola de deficiente (por inaudible en momentos), pobre (prácticamente la menor no recuerda nada) ello, tal como el Ministerio Fiscal recoge en su escrito de impugnación del motivo, no es sino su personal valoración que no contradice en absoluto a la expresada por el tribunal de instancia que con claridad y consecuencia de su percepción directa de la declaración en el juicio oral afirma la persistencia en la incriminación, no apreciando entre las diversas declaraciones prestadas por la menor (y pese a su corta edad) contradicciones, lagunas o incoherencias que nos lleven a albergar duda alguna sobre lo ocurrido, al explicar de forma razonablemente detallada los distintos episodios en que consistieron los abusos llevados a cabo por quien entonces era la pareja sentimental de su tía (Lucía); en este sentido, su declaración en el acto del juicio fue clara, tranquila, detallada y suficientemente ilustrativa, coincidente con la prestada en fase de instrucción; y por último, zigzagueante, extremo que también aborda el tribunal de instancia cuando señala también en el fundamento de derecho primero que es cierto que en cuanto a la penetración vaginal existe una diferencia en el número de ocasiones que la menor relata, pues mientras en fase de instrucción refiere que fueron dos, en el plenario se refiere a cuatro (igual que en sede policial), sin embargo, teniendo en cuenta la edad de la menor cuando ocurrieron los hechos (ocho años) y que los hechos son variados y se prolongaron durante varios meses, no consideramos que tal circunstancias reste credibilidad al testimonio, teniendo en cuenta que el mismo resulta corroborado en su mayor parte por elementos objetivos y periféricos.

En base a lo expuesto, no puede hablarse de una efectiva y material indefensión.

2.6.- En cuanto a la denunciada vulneración del derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, por haber impedido el tribunal la posibilidad de practicar dos periciales psiquiátricas y una testifical propuestas por la defensa.

Se refiere en primer lugar a las pruebas periciales denegadas, en concreto a las propuestas en el escrito de conclusiones provisionales de 28-7-2020, en que propuso "Periciales a aportar por esta parte con antelación al acto de la vista consistentes en: a) Informe Pericial Psiquiátrico y de credibilidad del acusado; b) Contrainforme respecto al Informe de Credibilidad de la menor emitido por el Instituto Forense, a realizar por los psiquiatras D. Jose María y D^a. Lourdes ." Igualmente, a tenor de la prueba anticipada solicitada, se proponía la declaración de dichos peritos psiquiatras en el acto de la vista.

Pretensión inaceptable. La Sala de apelación ya dio respuesta a esta misma cuestión en el auto de fecha 18/01/21 sobre solicitud de práctica de vista pública y practica de prueba en segunda instancia, donde el tribunal resolvió que la solicitud formulada no tenía amparo en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 790.3 LECrim para la celebración de vista en el recurso de apelación, porque su necesidad se vincula a las causas que el propio precepto contempla, esto es, pruebas que no pudieron proponerse en la instancia; las propuestas que fueran indebidamente denegadas; y las admitidas que no pudieron practicarse por causas que no sean imputables al recurrente. Siendo así que en el presente caso, la pericial se propuso de una concreta y específica forma, elegida por el recurrente en razón de una estrategia procesal concreta, tanto en cuanto el momento de su propuesta (en el escrito de calificación provisional) como en la forma de su realización (periciales que aportaría con antelación al acto de la vista), de forma que tales pruebas ya se propusieron y se admitieron en primera instancia, el hecho de que no se practicaran es exclusivamente por razón de esa concreta estrategia de la defensa que condujo a que no se practicaran porque no fueron aportados tales informes el día señalado para la celebración del juicio, y ello únicamente le es atribuible al ahora recurrente.

Por ello la sentencia recurrida reitera en el fundamento de derecho segundo que "Comenzando con lo relativo a la pericial señalada por el apelante, tal y como ya argumentamos en nuestros autos de inadmisión de prueba en segunda instancia, la no aportación de aquellos informes al acto de la vista oral es una cuestión solo imputable a la parte proponente. El apelante habría tenido tiempo durante los aproximadamente dos años de tramitación del procedimiento a interesar la práctica de tales pruebas, y no solo esperó -sin justificación alguna hasta la



presentación de su escrito de conclusiones provisionales de fecha 29/7/20, sino que, además, al proponer tal probanza, se comprometió expresamente a aportarla al acto de la vista oral, cosa que no hizo".

Además, añade el tribunal que en punto a la necesidad de la prueba, tampoco lo resultaba en cuanto que el tribunal de instancia, en el fundamento jurídico primero, fundamenta su convicción "fundamentalmente (no en exclusiva)" en la declaración de la menor prestada en el acto del plenario y tras el análisis de credibilidad y verosimilitud que realiza el tribunal directamente, sin apenas atender al informe de credibilidad de los psicólogos forenses (al que en palabras de la propia sentencia "no concedemos especial importancia", por más que -añadimos nosotros- es una pericial que puede contribuir a valorar las especiales circunstancias que pueden darse en el testimonio de un menor, pero no en el de un adulto). Y es esa credibilidad que el tribunal a quo otorga al examen directo y personal de la menor la que excluye per se cualquier virtualidad probatoria a la pretendida pericial sobre la credibilidad de un acusado que, además, declaró directa y personalmente ante el tribunal en condiciones que permitieron éste alcanzar (como es su exclusiva facultad) sus propias conclusiones sobre la credibilidad y verosimilitud de su versión.

Además, si la prueba que proponía el recurrente podía, como él mismo destaca, contribuir a valorar el testimonio de la menor, por lo que a su juicio era pertinente, necesaria, relevante y posible, porque la exploración de la menor que el tribunal tiene en cuenta para fundamentar el fallo condenatorio es la practicada en el plenario, exploración en la que no intervinieron ni asesoraron los psicólogos forenses que emitieron en su momento informe de credibilidad, lo que se pretende por el recurrente es desplazar la valoración acerca de la credibilidad del testimonio de la menor postergando la propia del tribunal que ha presenciado su declaración, lo que no es factible.

2.7.- En efecto, sobre los informes de credibilidad del testimonio en general, hemos dicho, SSTS 179/2014, de 6-3; 632/2014, de 14-10; 468/2019, de 14-10; 461/2020, de 17-9, que no se puede sustentar la credibilidad de un testimonio en informes, que tanto sean en un sentido o en otro, ni refuerzan ni descalifican el testimonio específico y concreto de una persona. El análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto. Para bien o para mal los jueces, según el imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos o acusados, sin delegar esta misión en manos de terceros.

En este sentido la STS. 179/2014 de 6.3, incide en que no se discuten los conocimientos especializados de los psicólogos, pero no se puede sustentar la credibilidad de un testimonio en informes, que tanto sean en un sentido o en otro, ni refuerzan ni descalifican el testimonio específico y concreto de una persona. El análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto. Para bien o para mal los jueces, según el imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos o acusado, sin delegar esta misión en manos de terceros.

La STS. 28/2008 de 16.1, las descarta tanto en testigos como en acusados y señala que es 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 la valoración de las declaraciones personales, sean confesiones o testimonios. Y añade que por ello su práctica es de aceptación excepcional en relación con los testigos que vienen obligados a decir verdad, o innecesaria respecto del acusado que no está obligado a decir verdad y respecto al que incluso son improcedentes las exhortaciones a hacerlo.

La resolución matiza que no es infrecuente la realización de estas pericias psicológicas en relación con testigos de corta edad, y aunque tampoco pueden nunca vincular al Juez o Tribunal ni sustituirlo en su exclusiva función valorativa, sí pueden aportarle criterios de conocimiento psicológico especializado y, por tanto, científico, sobre menores de edad y las pautas de su posible comportamiento fabulador, que le auxilien en su labor jurisdiccional.

Señala la STS. 238/2011 de 21.3, que "por lo que se refiere a la pericial psicológica sobre la "veracidad" de las declaraciones prestadas hemos de recordar que no corresponde a los psicólogos establecer tal cosa, que es competencia del Tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas. Cuestión distinta es la relevancia que en la valoración de la credibilidad del testigo, -sea víctima o sea un tercero- pueden tener sus condiciones psico-físicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc. Y es esto y no la veracidad misma del testimonio, lo que puede ser objeto de una pericia".



En igual sentido la STS. 1367/2011 de 20.12, afirma, con cita de otras precedentes 488/2009 de 23.6 ... "que no se puede solicitar la intervención de peritos, por ejemplo, para informar sobre el perfil psicológico del examinado o sobre la personalidad de las menores, ni tampoco para que los peritos manifiesten si, a su juicio, los hechos se produjeron, y tampoco para que se pronuncien sobre el grado de verosimilitud de unas manifestaciones u otras...".

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 algunas aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 LECrim). Apreciar significa precisamente ponderar el valor de los cosas. Se tendería o 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 pura decidir la concurrencia de los elementos del tipo y paro proclamar o negar la autoría del imputado (Cfr. STS 485/2007, 28 de mayo)".

Lo expuesto es aplicable igualmente al informe pericial psiquiátrico y de credibilidad del acusado, máxime cuando la sentencia recurrida, esto es, la sentencia del TSJ, se pronuncia sobre el mismo, cuando destaca que "es esa credibilidad que el tribunal a quo otorga al examen directo y personal de la menor la que excluye per se cualquier virtualidad probatoria a la pretendida pericial sobre la credibilidad de un acusado que, además, declaró directa y personalmente ante el tribunal en condiciones que permitieron a éste alcanzar (como es su exclusiva facultad) sus propias conclusiones sobre la credibilidad y verosimilitud de su versión", para ahora referirse a la posibilidad de la existencia de inominadas patologías psiquiátricas que en ningún momento fueron siquiera sugeridas en su escrito de defensa donde nada de ello se hace constar en la conclusión primera, de forma que se trata, nuevamente, de una estrategia procesal que, por mor de la exclusiva actuación del recurrente, no ha dado el resultado previsto por el mismo.

2.8.- Por último, hace referencia a la testifical de Cornelio . El Tribunal de apelación también se pronunció en su momento al solicitarse como prueba a practicar en la segunda instancia. Así, razonó que el recurrente nada dice en su recurso acerca de las razones que justificarían la necesidad de practica de dicha testifical en segunda instancia, ni opone argumento alguno contra la decisión del tribunal a quo sobre la innecesariedad de la misma. Debemos estar por ella a las razones que ya invoco en su escrito de defensa al proponer dicha testifical para el acto del plenario, de las que resulta que dicho testigo solo habría de incidir sobre extremos (concretamente, pretendidas visualizaciones de vídeos de contenido sexual que podrían haber influido en la menor) atinentes a la credibilidad y verosimilitud del testimonio de la menor. Extremos estos sobre los que se practicó la pericial de las dos psicólogas que examinaron a la menor y emitieron el informe sobre credibilidad de su relato. En tales circunstancias, comparte esta Sala el criterio del tribunal de instancia acerca de la no pertinencia e innecesariedad del testimonio propuesto, cuya práctica, además, no resulto posible en primera instancia una vez que el testigo, citado en el domicilio indicado por el propio recurrente, no compareció a dicho acto; un domicilio en el que el propio recurrente informa de que pudiera no encontrarse al estar en Suiza en paradero que no concreta.

En la sentencia recurrida en su fundamento de derecho segundo se da respuesta a lo suscitado en el recurso de apelación destacando que "Otro tanto cabe decir respecto de la prueba testifical de don Cornelio , no practicada debido a su incomparecencia y por encontrarse el mismo fuera de España, como el propio recurrente reconoce en su recurso de súplica a nuestro auto de denegación de práctica de prueba en segunda instancia. Una prueba que no se llevó a cabo en primera instancia al ser considerada innecesaria por el tribunal a quo. Así consta al minuto 1.24.26 del video 4 del acta videográfica del juicio oral. Se trata de una testifical cuya pretendida necesidad sustenta el recurrente en que dicho testigo presencié cómo la menor visualizaba contenidos pornográficos en su dispositivo personal, de forma que su testimonio era y es muy importante para la defensa ya que podríamos acreditar que la menor podría perfectamente haber extraído los detalles que narra en sus cambiantes y zigzagueantes declaraciones de dicha visualización. De todo ello resulta, como ya indicamos en nuestro auto de denegación de prueba en segunda instancia, que dicho testigo solo habría de incidir sobre extremos (concretamente, pretendidas visualizaciones de videos de contenido sexual que podrían haber influido en la menor) atinentes a la credibilidad y verosimilitud del testimonio de la menor. Extremos éstos sobre los que, no solo se practicó la pericial de las dos psicólogas que examinaron a la menor y emitieron el informe sobre credibilidad de su relato, sino sobre los que el propio tribunal de instancia hizo (recordamos que es su facultad exclusiva) su propia y directa valoración tras examinar personal y contradictoriamente a aquélla."



Se reitera el recurrente en la incidencia acerca de la credibilidad de la menor que hubiera tenido el testimonio del testigo, obviando que sobre ese extremo, la posible visualización por la menor de un video de contenido sexual en la consola de la menor, también declararon Lucía, y Carmelo quienes se refirieron a tal extremo en sentido contrario al pretendido por el recurrente, de forma que tampoco, en este caso, se aprecia la necesidad del testimonio del mismo a los efectos pretendidos por el recurrente.

Siendo así, tampoco se produce la vulneración denunciada del derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

TERCERO.- El motivo segundo por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1 LECrim, por haberse denegado diligencias de prueba, que propuestas en tiempo y forma, se consideran pertinentes, en concreto, se deniega la práctica de sendas pruebas periciales psiquiátricas.

Señala el recurrente que en su escrito de 28-7-2020 de conclusiones provisionales, solicitó como prueba anticipada tercera, la práctica de: "Periciales a aportar por esta parte con antelación al acto de la vista consistentes en: a) Informe Pericial Psiquiátrico y de credibilidad del acusado; b) Contra-informe respecto al Informe de Credibilidad de la menor emitido por el Instituto Forense. A realizar por los psiquiatras D. Jose María y D^a. Lourdes ". Asimismo, a tenor de la prueba anticipada solicitada, se proponía la declaración de dichos peritos psiquiatras en el acto de la vista.

Relata a continuación el recurrente las incidencias sobre el encargo a los profesionales y la manifestación de éstos de no poder hacer el informe en el tiempo señalado, el recurso de reposición contra la diligencia de señalamiento de la vista, de su desestimación y del recurso de súplica, solicitud de suspensión de la vista, planteamiento de la cuestión previa al inicio de la vista y protesta por la no suspensión de la misma. A continuación, el recurrente pretende argumentar contra la decisión del Tribunal Superior, señalando como la no aportación de los informes al acto de la vista oral, no fue, en modo alguno, imputable a la parte.

3.1.- Previamente, para la adecuada resolución del motivo, hay que señalar, conforme destaca el Ministerio Fiscal en su documentado informe, cual fue, en realidad, la solicitud de practica de prueba en el escrito de conclusiones provisionales de la defensa, que figura en los folios 270 y 271 del tomo III de la causa ante la Audiencia Provincial, y en el que con relación a la prueba pericial, se dice en el TERCER OTROSI del referido escrito:

"La defensa, para el acto del juicio oral, propone la práctica de las siguientes diligencias de prueba:

...

3.- Declaración de las Peritos Forenses Bibiana, Cecilia y de las Psicólogas Carolina e Estibaliz. A tal fin, se solicita expresamente el visionado en Sala y a presencia de estas dos últimas, de las grabaciones audiovisuales completas realizadas en las entrevistas mantenidas con la menor y que en el expediente digital entregado a esta parte constan en el acontecimiento 246. A citar por la Oficina Judicial.

4.- Declaración de los Peritos psiquiatras Don Jose María y Doña Lourdes, colegiados números NUM004 y NUM005, sobre la prueba anticipada de que esta parte intenta valerse para el acto del juicio y que se expone más adelante, a citar al acto de la Vista por medio de la Oficina Judicial y en su domicilio profesional sito en PLAZA000 NUM006, NUM007, DIRECCION002."

Como es de ver, la solicitud de comparecencia en juicio oral de los peritos se refería expresamente a "la prueba anticipada de que esta parte intenta valerse para el acto del juicio y que se expone más adelante", y es que ese más adelante se concreta en el CUARTO OTROSI PRUEBA ANTICIPADA 3). - que figura en la página 271 del referido Tomo III de la causa y cuyo tenor literal es el siguiente:

"3).- Periciales a aportar por esta parte con antelación al acto de la vista consistentes en: a) Informe Pericial Psiquiátrico y de credibilidad del acusado b) Contra-informe respecto al Informe de Credibilidad de la menor emitido por el Instituto Forense. A realizar por las Psiquiatras Dan Jose María y Doña Lourdes."

En el Auto de fecha 20 de septiembre de 2020, (folio 303 y 304) la Sala de instancia resolvió que:

"SE DECLARA/N PERTINENTE/S LA/S PRUEBA/S propuestas por la acusación y defensa en sus respectivos escritos para su práctica en el acto de juicio oral, y que han quedado reseñadas en los antecedentes de hecho de la presente resolución, librándose al efecto, cuantos despachos sean oportunos.

SE ADMITE la practica anticipada de la prueba señalada en el fundamento de derecho segundo de esta resolución, consistente en: Oficio a la mercantil Frutas Well, SL para que informe de cuál era el horario de la jornada habitual del trabajador Jose Miguel, acompañando, si los hubiere, los partes de trabajo o asistencia al trabajo de los años 2017 y 2018; así como que por la parte se aporten con anterioridad al acto de la vista los



informes periciales de los psiquiatras D. Jose María y Da Lourdes , librándose los despachos y adoptándose las medidas necesarias para que la prueba tenga lugar antes de las sesiones del juicio oral.

NO SE ADMITE la practica anticipada de inspección ocular de la vivienda en la que reside la menor, por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho Segundo de ésta resolución."

De hecho, como acordó la Sala, se iniciaron los trámites que de la misma dependían para que se llevara a cabo la práctica de prueba en la forma solicitada, como es de ver al folio 346 del referido Tomo III donde consta el fax remitido al Director del Centro Penitenciario Murcia I en el que se le señala que:

"En virtud de lo acordado en el procedimiento arriba referenciado, dirijo e1 presente a Sebastián , a fin de que se sirva dar las órdenes oportunas para que se autorice la entrada al Centro Penitenciario Murcia I, a los Psiquiatras Don Jose María y Doña. Lourdes , colegiados números NUM004 y NUM005 , respectivamente, a fin de poder entrevistarse con el interno preventivo Jose Miguel , con NIE NUM000 , todo ello para llevar a efecto la prueba pericial admitida por la Sala. En DIRECCION002 , a treinta de septiembre de dos mil veinte."

Que no se llevase a la practica la prueba pericial en la forma solicitada por el recurrente por otras razones no implica denegación de la prueba tal como fue solicitada y admitida.

Y a ello se refiere la sentencia recurrida en el fundamento de derecho segundo cuando expresa que:

"El motivo debe ser desestimado. Se trata de la misma cuestión sobre la que ya nos hemos pronunciado con ocasión de la desestimación de la proposición de prueba para su práctica en esta segunda instancia.

Comenzando con lo relativo a la pericial señalada por el apelante, tal y como ya argumentamos en nuestros autos de inadmisión de prueba en segunda instancia, la no aportación de aquellos informes al acto de la vista oral es una cuestión solo imputable a la parte proponente.

El apelante habría tenido tiempo durante los aproximadamente dos años de tramitación del procedimiento a interesar la práctica de tales pruebas, y no solo esperó -sin justificación alguna hasta la presentación de su escrito de conclusiones provisionales de fecha 29/7/20, sino que, además, al proponer tal probanza, se comprometió expresamente a aportarla al acto de la vista oral, cosa que no hizo.

A estos argumentos procedimentales se adiciona otro de fondo para la desestimación de este motivo, cual es la necesidad de que la prueba no practicada o denegada sea, ya no solo pertinente y posible, sino necesaria, en el sentido que, entre otras muchas, señala la STS 651/2008, de 21 de octubre, cuando exige que de su práctica el juzgador pueda extraer información influyente en la decisión última del tribunal. Será necesaria o relevante, pues, la prueba que tenga potencialidad para modificar de manera importante el sentido del fallo. De tal forma que, si el extremo objeto de acreditación se encuentra ya debidamente probado por otros medios, o se observa que la eficacia acreditativa de la prueba no es bastante para alterar el resultado ya obtenido, ésta deviene obviamente innecesaria.

Esto es lo que sucede en el caso presente a la vista los elementos de convicción tenidos en cuenta por el tribunal de instancia, cuando asienta (fundamento jurídico primero) dicha convicción "fundamentalmente (no en exclusiva)" en la declaración de la menor prestada en el acto del plenario y tras el análisis de credibilidad y verosimilitud que realiza el tribunal directamente, sin apenas atender al informe de credibilidad de los psicólogos forenses (al que en palabras de la propia sentencia "no concedemos especial importancia", por más que -añadimos nosotros- es una pericial que puede contribuir a valorar las especiales circunstancias que pueden darse en el testimonio de un menor, pero no en el de un adulto). Y es esa credibilidad que el tribunal a quo otorga al examen directo y personal de la menor la que excluye per se cualquier virtualidad probatoria a la pretendida pericial sobre la credibilidad de un acusado que, además, declaró directa y personalmente ante el tribunal en condiciones que permitieron éste alcanzar (como es su exclusiva facultad) sus propias conclusiones sobre la credibilidad y verosimilitud de su versión."

Ha de tenerse en cuenta, además, que en el escrito de conclusiones provisionales, cuando solicitó la práctica de la prueba en la forma en que lo hizo, no advirtió a la sala que se tratase de informes que no estuviesen ya elaborados sino que deberían realizarse a partir de ese momento, de forma que, incluso la censura relativa al escaso margen seguido hasta el señalamiento del juicio oral, debido a que se trata de una causa con preso, carece de sentido al haber sido posible advertir sobre tal circunstancia al tribunal y no haberlo hecho.

3.2.- Razonamiento adecuado y que debe mantenerse en esta alzada.

En efecto, 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).

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 base a lo razonado, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- El motivo tercero por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1 LECrim por haberse denegado diligencias de prueba que, propuestas en tiempo y forma, se consideran pertinentes. Concretamente se deniega la práctica de la prueba testifical de Cornelio .

Mediante escrito de Conclusiones Provisionales de fecha 28 de julio de 2020 se propuso y admitió por la Sala de la Audiencia Provincial la prueba Testifical del señor Cornelio . Como ya se explicó en el propio escrito de conclusiones y previamente al Juzgado de Instrucción, se trataba de una persona (ajena a la familia) que presenció personalmente cómo la menor visualizaba contenidos pornográficos en su dispositivo personal, y su testimonio era importante para la defensa a fin de acreditar de dónde extraía la menor los detalles que vertía en su cambiante relato de los hechos.

Citado el testigo al acto de la Vista en su domicilio habitual y al encontrarse en Suiza en la fecha del Juicio por motivos laborales, se puso en conocimiento de la Sala enjuiciadora esta circunstancia, interesándose inmediatamente por esta defensa la suspensión de la vista señalada al no mediar tiempo material para que pudiere acudir a declarar, petición de suspensión que se reiteró como Cuestión Previa al inicio de la Vista, denegándose por el Sr. Presidente de la Audiencia, al considerar que no resultaba precisa la declaración del testigo. Al efecto se hizo constar la oportuna protesta en Sala y las consideraciones sobre la pertinencia y necesidad de la prueba denegada.

Ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia se interpuso recurso de apelación y reiteró la necesidad de la práctica de dicha prueba, denegándose mediante Auto de fecha 18 de enero de 2021, el cual fue objeto de impugnación mediante Recurso de Súplica, desestimándose el mismo mediante Auto de 29 de enero de 2021. De igual manera, se desestima como motivo de apelación en la Sentencia que es objeto de este recurso de Casación.

4.1.- El motivo debe ser desestimado, dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en el motivo precedente en orden a denegación de pruebas. Debemos, no obstante, insistir en como el TC, por todas s. 142/2012, de 2-7, argumenta que:

"... este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige:

- 1.- En primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto.
- 2.- 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.
- 3.- 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.
- 4.- 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 (STC 45/2000, de 14 de febrero) que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución (SSTS 544/2015, de 25 de septiembre y 44/2016, de 3 de febrero, entre otras y con mención de otras).

Nos situamos, pues, sobre la exigencia de conceptos como necesidad, pertinencia y el juicio ex post a la sentencia para poder estar en condiciones de decidir si la prueba reunía esos requisitos, una vez visto el contenido de la sentencia, la prueba que se llevó a cabo, la conexión de esa prueba con la practicada y si se causó indefensión a la parte que la propuso."

En este sentido, la respuesta dada por la sentencia dictada en apelación, en el fundamento de derecho segundo, cumple aquellas exigencias, cuando explica que:

"Otro tanto cabe decir respecto de la prueba testifical de don Cornelio , no practicada debido a su incomparecencia y por encontrarse el mismo fuera de España, como el propio recurrente reconoce en su recurso de súplica a nuestro auto de denegación de práctica de prueba en segunda instancia. Una prueba que no se llevó a cabo en primera instancia al ser considerada innecesaria por el tribunal a quo. Así consta al minuto 1.24.26 del vídeo 4 del acta videográfica del juicio oral. Se trata de una testifical cuya pretendida necesidad sustenta el recurrente en que dicho testigo presenció cómo la menor visualizaba contenidos pornográficos en



su dispositivo personal, de forma que su testimonio era y es muy importante para la defensa ya que podríamos acreditar que la menor podría perfectamente haber extraído los detalles que narra en sus cambiantes y zigzagueantes declaraciones de dicha visualización. De todo ellos resulta, como ya indicamos en nuestro auto de denegación de prueba en segunda instancia, que dicho testigo solo habría de incidir sobre extremos (concretamente, pretendidas visualizaciones de vídeos de contenido sexual que podrían haber influido en la menor) atinentes a la credibilidad y verosimilitud del testimonio de la menor. Extremos éstos sobre los que, no solo se practicó la pericial de las dos psicólogas que examinaron a la menor y emitieron el informe sobre credibilidad de su relato, sino sobre los que el propio tribunal de instancia hizo (recordamos que es su facultad exclusiva) su propia y directa valoración tras examinar personal y contradictoriamente a aquélla."

QUINTO.- El motivo cuarto fundado en el art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del apartado d) del art. 183.4 CP, por cuanto, dados los hechos probados de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que mantuvo incólume los recogidos en la sentencia de instancia de la Audiencia Provincial -no obstante estimar parcialmente el recurso de apelación del Ministerio Fiscal en el sentido de entender aplicable aquel apartado- no se desprende de los mismos base alguna que permita su aplicación, por lo que, aún careciendo de efectos penológicos por las propias razones expuestas en la sentencia recurrida, no procedería en modo alguno estimarlo concurrente.

El motivo deviene improsperable.

En cuanto a la concurrencia del apartado 4.d) del art. 183 ("se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco") en SSTs 340/2020, de 22-6; 461/2020, de 17-9, al tratarse de menores de 16 años, el art. 183.4.d) -al igual que el antiguo art. 181.2, redacción anterior LO 5/2010-, establece como decíamos en SSTs 476/2006 del 2 mayo y 517/2016 de 14 junio, una presunción "iuris et de iure" sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles. Hay presunción porque efectivamente se eleva a verdad jurídica lo que realmente es sólo posible, y siendo iuris et de iure, no se permite, en principio, indagar las condiciones del menor para confirmar la existencia de esa capacidad que la Ley considera incompleta, porque en estas edades o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contraestímulos suficientemente fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido.

No hay realmente una ausencia del consentimiento del menor, lo que se presume es la falta de capacidad de consentimiento jurídico, pues se considera al menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y en virtud de esa presunción legal, éste se tendría como inválido, carente de relevancia jurídica. Y en el fundamento jurídico segundo de la misma sentencia, la 287/2018, de 14 de junio, dice:

"Efectuada esta precisión previa, en el artículo 183.4 d) se agrava la pena cuando el autor se haya prevalido de una relación de superioridad para la ejecución del delito, supuesto que presenta diferencias sustanciales con el previsto en el artículo 181.3, en el que también se contempla un prevalimiento, aunque en esta ocasión dirigido a obtener el consentimiento de la víctima, al aprovechar el autor una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de aquella. En el primer caso, el sujeto se aprovecha de una relación de superioridad que le facilita la comisión del delito, facilitación que no opera sobre la base de obtener el consentimiento de la víctima, que siendo menor de 16 años nunca podría considerarse válido, sino en atención a las circunstancias que esa relación de superioridad trae consigo. En este sentido, en la STS nº 739/2015, de 20 de noviembre, se señalaba, en relación al artículo 183.4.d), que "el prevalimiento o abuso de superioridad se refiere a la ejecución del hecho y no al consentimiento de la víctima". De la misma forma, la STS nº 957/2013, de 17 de diciembre, en la que, ya en relación con la redacción del precepto tras la reforma de la LO 5/2010, se decía que "Esta circunstancia exige una cierta preeminencia del autor sobre la víctima y que esta ventaja haya sido utilizada o aprovechada por el autor para realizar el acto objeto de imputación".

- En el caso presente, en el hecho probado sí constan los elementos necesarios para la apreciación del precepto cuestionado, ya que se recoge que:

" Jose Miguel , con NIE NUM000 , mayor de edad en cuanto nacido el día NUM001 de 1981, sin que consten antecedentes penales, y conocido como " Gotico ", vivía con su pareja Lucía y el hijo de esta en la CALLE000 nº NUM002 de DIRECCION001 . Desde el mes de noviembre de 2017 y hasta el 21 el mes de octubre de 2018 vivía con ellos la sobrina de Lucía , llamada Remedios , menor de edad en cuanto nacida el día NUM003 de 2010. Remedios permanecía con ellos desde el domingo por la tarde hasta el viernes por la tarde durmiendo los tres el mismo dormitorio, donde había una cama que compartían el acusado y Lucía , y otra en la que



dormía Remedios . Los fines de semana, la menor permanecía en casa de su madre Guadalupe . Así el acusado aprovechando esa relación de confianza y de parentesco, en reiteradas ocasiones entre noviembre de 2017 y el 2 de abril de 2018, ... "

Partiendo de tal relato, el tribunal precisa que:

"La relación de superioridad a la que sí atendemos se derivaría, en este caso, de la relación de confianza y ascendencia que el acusado tenía sobre la menor, sobrina de su pareja, con la que convivía y cuyo cuidado y guarda le estaban encomendadas y ejercía conjuntamente con su compañera sentimental. De esa estrecha convivencia (compartían el mismo dormitorio, la llevaba y recogía del colegio, se quedaba a su cargo ocasional cuando su pareja salía a trabajar y él estaba en paro, etc.) sí estimamos que se deriva una situación de estrecha confianza y ascendencia que el acusado aprovechó para la comisión de los abusos. Una relación que a nuestro juicio sí llena el concepto de superioridad previsto en el subtipo agravado del artículo 183.4.d) CP."

Consecuentemente, los elementos fácticos sí figuran en los hechos probados al afirmarse la relación de confianza y ascendencia sobre la menor, que justifica la aplicación del art. 183.4.d) CP.

SEXTO.- El motivo quinto por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación del art. 21.6 CP.

El recurrente detalla distintos momentos en que se han producido paralizaciones y retrasos que han de reputarse indebidos y que tienen su origen en equivocaciones del órgano jurisdiccional en la tramitación de varios recursos interpuestos por la defensa durante la tramitación de la causa.

- Recurso de apelación 552/2019 interpuesto el 5-2-2019 por la defensa contra auto de 27-11-2018 del Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION000 , inadmitiendo diligencia de prueba, que no fue resuelto, tras diversas vicisitudes procesales, por la Audiencia Provincial hasta el 22-1-2020, esto es casi un año de tramitación.

- Recurso de apelación 532/2019, interpuesto el 5-2-2019 contra providencia del Juzgado inadmitiendo diligencia de prueba, que no quedó resuelto hasta el auto de 22-1-2020. Casi un año de tramitación.

- Auto de 10-7-2019, por el que el Juzgado inadmitió la tramitación del recurso de apelación contra auto de 7-6-2019. Con fecha 10-3-2020 se resuelve por auto la queja obligando al Juzgado a dar trámite a la apelación, y tras diversos errores en la tramitación, no se resuelve el recurso de apelación hasta el 22-9-2020, esto es 1 año y 2 meses de tramitación.

- Por oficio de 7-6-2019, el Juzgado remite las actuaciones a la Sección Tercera de la Audiencia, y ante la evidente falta de competencia de ésta, se presenta por la defensa declinatoria el 21-6-2019, que fue resuelta a favor de la Sección Quinta el 9-7-2019. Por tanto, nuevo retraso de un mes.

- Recurso de apelación 543/2019 contra el auto de procesamiento, interpuesto ante el Juzgado el 28-3-2019. Recurso que ante la inacción de dicho Juzgado, no fue resuelto hasta el 21-2-2020. Nuevamente una dilación de 10 meses.

El motivo, se adelanta, deberá ser desestimado.

En efecto, como hemos dicho en SSTs 196/2014, de 19-3; 415/2017, de 17-5; 152/2018, de 2-4; 461/2020, de 17-9, la reforma introducida por L.O. 5/2010, de 22.6 ha añadido una nueva circunstancia en el art. 21 CP, que es la de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuibles al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa".

El preámbulo de dicha Ley Orgánica dice que "se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo "los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".

La jurisprudencia de esta Sala -que deberá ser tenida en cuenta para la interpretación del nuevo texto legal de la circunstancia 6 del art. 21- es muy abundante en el sentido de sostener que desde que la pérdida de derechos -en el caso el derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables- sufrida como consecuencia del proceso es equivalente a los males sufridos como consecuencia del delito que, es considerada una pena natural, que debe computarse en la pena estatal impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (es decir: la pérdida de bienes o derechos) y el mal causado por el autor. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad (STS. 10.12.2008), en el mismo sentido, entre otras (SSTs. 27.12.2004, 12.5.2005, 25.1, 30.3 y 25.5.2010).

Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad.



La culpabilidad es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de cometerse éste y el paso del tiempo no comporta, por supuesto, el que esta culpabilidad disminuya o se extinga.

En los casos en que esta Sala hace referencia a ello, por ejemplo, STS. 30.3.2010, lo que debe entenderse es que la gravedad de la pena debe adecuarse a la gravedad del hecho y en particular a su culpabilidad, y que, si la dilación ha comportado la existencia de un mal o privación de derecho, ello debe ser tenido en cuenta para atenuar la pena. Siendo así en relación a la atenuante de dilaciones indebidas, la doctrina de esta Sala, por todas SSTs. 875/2007 de 7.11, 892/2008 de 26.12, 443/2010 de 19.5, 457/2010 de 25.5, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", ha señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas C. España, y las que en ellas se citan).

Asimismo se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en momento oportuno, pues la vulneración del derecho -como se recordaba- en STS 1151/2002, de 19-6, "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24-2 CE mediante la cual poniendo la parte al órgano jurisdiccional de manifiesto en inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa.

En este sentido la Sentencia Tribunal Constitucional 5/2010, de 7-4, recuerda que para apreciarse la queja basada en la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es requisito indispensable que el recurrente les haya invocado en el procedimiento judicial previo, mediante el requerimiento expreso al órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones para que cese en la misma. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible su reparación al poner remedio al retraso o a la paralización en la tramitación del proceso con lo que se presiona el carácter subsidiario del recurso de amparo. De ahí que sólo en aquellos supuestos de los que, tras la denuncia del interesado -carga procesal que le viene impuesta como un deber de colaboración de la parte con el órgano judicial en el desarrollo del proceso-, el órgano judicial no haya adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable, podrá entenderse que la vulneración constitucional no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo entonces ser examinada por este tribunal.

Pero esta doctrina, referida propiamente al recurso de amparo y con las limitaciones inherentes a tal vía, ha sido matizada por esta Sala, por ejemplo, STS 1497/2010, de 23-9; 505/2009, 739/2011 de 14-7; en el sentido de que "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar, porque en el proceso penal, y, sobre todo, durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad".

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el art. 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza".

Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (art. 11.1 LOPJ) y que se concreta a la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de



que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

Ahora bien sí existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se debe concretar los períodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas, ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y su daño no cabe reparación (STS 654/2007, de 3-7; 890/2007, de 31-10, entre otras) debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS 1-7-2009 debe constatar una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la conducta que haga que la pena a imponer resulta desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la pena, subsistente en su integridad.

En definitiva, conforme a la nueva regulación de la atenuante de dilaciones indebidas, los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues si bien también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante (STS. 21.7.2011).

Y en cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora les siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Y la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de la pena en concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado.

En este sentido las SSTS 737/2016 del 5 octubre, y 262/2009 de 17 marzo, en este punto son significativas, al declarar que "debe tenerse muy en cuenta que la necesidad de concluir el proceso en un tiempo razonable que propugna el art. 6.1 del Convenio citado, no debe satisfacerse a costa de o en perjuicio de los trámites procesales que establece el derecho positivo en un sistema procesal singularmente garantista hacia el justiciable como es el nuestro. En similar sentido la STS. 525/2011 de 8.6, que la dilación, por supuesto no es indebida si responde al ejercicio de un derecho procesal. La solicitud de que se practiquen diligencias de prueba con la interposición de recursos comporta una dilación en la tramitación de la causa, pero responden al ejercicio de elementales derechos de defensa, por lo que la dilación propia de estos recursos no puede nunca ser calificada como dilación indebida.

Por ello no puede aceptarse que la interposición de recursos o la práctica de diligencias o de actuaciones sumariales a petición de las partes cause una dilación que deba calificarse como indebida. Es claro que el respeto al derecho de defensa implica asumir la necesidad de proceder a la práctica de las diligencias que las partes soliciten y que sean pertinentes, pero es igualmente claro que implica el transcurso del tiempo necesario para ello.

Y también es cierto que en cuanto al inicio del cómputo del tiempo de las posibles dilaciones, no debe tomarse en cuenta la fecha de los hechos en el año 2017. Así la jurisprudencia por ejemplo STS 841/2015 del 30 diciembre ha declarado, que el derecho se refiere al proceso sin dilaciones no a un hipotético y exótico derecho del autor de un delito a un descubrimiento rápido tanto de la infracción penal como de su implicación en ella (STS 250/2014, de 14 de marzo). Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno. El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de imputado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación apud acta, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud (STS 940/2009 de 30 de septiembre). En definitiva el conjunto de los retrasos injustificados se contraen a los producidos desde la incoación del proceso y no desde la comisión del hecho delictivo (STS. 371/2015 de 17.6).

- En el caso presente, la Sala de apelación analiza esta misma pretensión en el fundamento de derecho cuarto y la rechaza por similares razones a las ofrecidas en la sentencia de instancia:



"Así, estima esta sala que, tanto atendiendo a la duración total del procedimiento desde que se incoan las diligencias previas el 23/10/18, hasta que se celebra el juicio el 7/10/20; los márgenes ordinarios de duración de procedimientos de la misma naturaleza; la complejidad y multiplicidad de los hechos objeto del mismo; el amplio número y compleja naturaleza de las diligencias practicadas; la propia actitud procesal del ahora recurrente, que incluso interesa el retraso de la vista oral para practicar diligencias en el último momento a pesar de su inactividad al respecto durante toda la tramitación y que también contribuyó con su infructuosa conducta procesal al recurrir sistemáticamente la actividad instructora; y los tiempos intermedios de tramitación-paralización, por todo ello -decíamos- no nos encontramos en modo alguno ante el supuesto de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento ... que no guarde proporción con la complejidad de la causa recogido en el artículo 21.6 CP."

Razonamiento conforme con la doctrina jurisprudencial expuesta. En efecto, un examen de los retrasos denunciados permite constatar que su duración no fue, por regla general, sucesiva o acumulativa, sino que se produjeron en periodos temporales coincidentes la mayor parte de ellos. De ahí que no afectaran a la duración total del proceso, inferior a dos años: la incoación de las diligencias previas y la detención del recurrente tuvo lugar el 23-10-2018, y la celebración del juicio oral el 7-10-2020.

Duración que, en modo alguno, puede considerarse "extraordinaria" a efectos del art. 21.6 CP

No olvidemos que tratándose de recursos de apelación frente a resoluciones interlocutorias, la regla general es la ausencia de efectos suspensivos, tal y como se infiere de lo dispuesto en el art. 217 LECrim.

SÉPTIMO.- Desestimándose el recurso, procede condenar en costas al recurrente (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) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Jose Miguel** , contra la sentencia nº 8/2021, de fecha 26 de febrero de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el Rollo de Apelación nº 2/2021.

2º) Imponer las costas al recurrente.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián