



Roj: **STS 3249/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3249**

Id Cendoj: **28079120012022100736**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2022**

Nº de Recurso: **4698/2020**

Nº de Resolución: **741/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CLM 2239/2020,**
STS 3249/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 741/2022

Fecha de sentencia: 20/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4698/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/07/2022

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

Procedencia: T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4698/2020

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. 741/2022

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 20 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4698/2020, interpuesto por **Rosendo**, representado por la procuradora D^a. Yolanda Jiménez Alonso, bajo la dirección letrada de D. Jesús Mandri Zárate, contra la sentencia nº 24/2020, de fecha 23 de septiembre de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en el Rollo de Apelación nº 15/2020. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: don Victorino; doña Tomasa, en su calidad de padres del menor perjudicado Luis Francisco; don Jesus Miguel, y doña Agustina, en su calidad de padres del menor perjudicado Pedro Jesús; y doña Angelica, en su calidad de madre del menor perjudicado Victor Manuel, representados por el procurador D. José Ramón Rego Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. Rodrigo García García.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Ciudad Real instruyó Procedimiento Abreviado nº 11/2017, contra Rosendo, por un **delito** de abuso sexual y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 12/2018, dictó sentencia nº 1/2020, de fecha 10 de enero de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<Probado es y así se declara, que:

1.- En el curso académico 2013/2014, Aquilino -nacido el NUM000 de 2000-, cursaba 2º de la ESO en el seminario menor de la Diócesis de Ciudad Real, siendo su formador el acusado Rosendo -mayor de edad y sin antecedentes penales-. La condición de formador implica las propias del tutor, esto es, el que acompaña en el día a día, en lo académico, personal, cuidado, vigilancia, desde las 8 de la mañana a las 23 horas.

En la primera evaluación de dicho curso, un domingo por la noche del mes de noviembre de 2013, Rosendo fue a la habitación de Aquilino interesándose por una pomada para tratar un principio de fimosis que le pidió al alumno que le enseñara, para, seguidamente, sin que mediara razón alguna y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, meterle Rosendo la mano en el pene a Aquilino, le echó la piel para atrás y le dijo, "pues no, no tienes fimosis"; después el acusado que se giró dando la espalda a Aquilino, quien a su vez se dio la vuelta, y dirigiéndose a éste le dijo "yo no tengo fimosis".

En el periodo que comprende la segunda evaluación del citado curso, entre el 9 de enero y el 10 de abril de 2014, los alumnos de 2º de la ESO, una vez a la semana, iban a la piscina del polideportivo DIRECCION000 de Ciudad Real; antes de dar las notas de esta segunda evaluación, uno de los días que los seminaristas acompañados del acusado fueron a la piscina, Rosendo le dijo a Aquilino que estaba flojo en lengua, circunstancia que, sin necesidad y con claro ánimo libidinoso, aprovechó para meterle la mano y agarrarle los testículos a la vez que le dijo "échale huevos".

Durante este mismo periodo, en el que realizaban actividades deportivas en la piscina, el acusado Rosendo, en al menos dos ocasiones, y con motivo de hacer una ahogadilla, cogió a Aquilino de los testículos, con igual propósito que en el anterior. En estos tres episodios, el menor contaba 13 años de edad.

En otra ocasión, durante el mismo curso, próximo ya a finalizar, Rosendo mantuvo en su despacho una reunión con Aquilino para hablar sobre cómo iba a ser el paso a 3º de la ESO, y cuando terminó la charla, el acusado le manifestó que le iba a echar mucho de menos, y, con propósito de satisfacer sus pulsiones sexuales, agarrándole por los testículos, le dijo que le echara huevos, saliendo acto seguido Aquilino. En estos hechos, el menor contaba 14 años de edad.

A resultas de estos hechos se han objetivado secuelas psíquicas en Aquilino, ya que presenta desajustes psicológicos (sintomatología ansiosa, problemas de pareja, baja autoestima), los cuales están interfiriendo en su adecuado desarrollo socio-psicoevolutivo. Desajustes que se han agudizado desde octubre de 2016.

2.- Patricio, nacido el NUM001 de 2000, ingresó en el seminario de Ciudad Real para cursar 1º de la ESO en el curso 2012/2013, siendo su formador durante 1º y 2º de la ESO el acusado Rosendo. Durante el 2º curso de la ESO, en el año 2014, antes de Semana Santa, cuando ya estaban las notas de la segunda evaluación, aunque no se habían entregado, estando en la piscina más arriba referida, preguntaron los seminaristas al formador cómo habían salido, proponiendo Rosendo hacer ahogadillas, en el caso de Patricio, tantas cuantas dieces hubiera obtenido en sus calificaciones, porque era la calificación que más tenía el alumno, con la clara intención de hacer tocamientos; y así para hacer las ahogadillas le cogía y le hundía por la zona de los genitales, apretándolos y bajando. En la fecha de los hechos, Patricio contaba 13 años de edad (la SS fue del 13 al 20 de



abril). Estos hechos, con claro ánimo de obtener una satisfacción sexual por parte del acusado, se realizaban aprovechando su posición de formador.

3.- Sebastián , nacido el NUM002 de 2000, ingresó en el seminario en 2012, donde estuvo durante cuatro años, siendo durante 1º y 2º de la ESO su formador el acusado, Rosendo . Durante el primero curso, sobre marzo o abril, en una de las ocasiones que iban a la piscina, se le acercó Rosendo por la espalda para hacerle una ahogadilla, notando que tenía el pene erecto. A partir de entonces, cuando iban a la piscina, Patricio evitaba coincidir con el acusado por la misma calle.

4.- Luis Francisco , nacido el NUM003 de 2001, entró en el seminario de Ciudad Real en el curso 2013/2014, para cursar 1º de la ESO, siendo su formador durante este curso y el siguiente (2º ESO), el acusado, Rosendo . Acabando el primer trimestre de 2º de la ESO, dadas las dudas que le manifestó Luis Francisco al formador, por Navidad y al despedirse, de pie Luis Francisco y el acusado, ambos en el hall, Rosendo le puso una mano en el hombro y otra en la parte baja del abdomen, "reculando" el menor, ante lo que Rosendo le dijo que estuviera tranquilo.

Durante ese mismo curso escolar 2014/2015, hasta en dos ocasiones, en dos días distintos, de las veces que iban a la piscina, antes de Semana Santa, entre enero y febrero de 2015, Rosendo le hizo ahogadillas a Luis Francisco y para ello lo cogió de los genitales, con clara intención sexual. A fecha de estos hechos Luis Francisco contaba 13 años de edad.

En otra ocasión, tras la ducha después de hacer deporte, entró Rosendo en la habitación de Luis Francisco al que encontró en calzoncillos, lo cual aprovechó para acercarse y tocarle el pene por encima de la prenda a la vez que le dijo "esto está mojado".

En otra ocasión, jugando al fútbol, al pisar un balón, Luis Francisco se escurrió y se hizo una herida en la cadera derecha, que se ofreció el acusado Rosendo a curarle, emplazando al menor para hacerlo por la noche en su habitación (la del acusado). Llegada la noche, después de ducharse, Rosendo llamó a la puerta de la habitación que abrió Rosendo , quien le indicó dónde estaba el baño, para seguidamente invitarle a meterse en la ducha, quitándose Luis Francisco los zapatos y calcetines, se bajó los pantalones, no los calzoncillos, aunque Rosendo , con clara intención de obtener satisfacción sexual, le dijo que se los bajase también, limpiándole la herida con agua oxigenada y Betadine, a la vez que le daba "capirotazos" en el pene. Esta operación se repitió la noche siguiente, si bien en esta ocasión la cura se hizo en el dormitorio: Luis Francisco se bajó los pantalones, se subió los calzoncillos y Rosendo volvió a decirle que se los quitara para no mancharse. Rosendo , con el algodón le dio en el pene y le comentó que así se ponía oscuro esto (refiriéndose al pene).

En noviembre de 2015 Rosendo sorprendió a Luis Francisco con el móvil, que tenían prohibido usar los alumnos, y le emplazó a ir a hablar con él por la noche. Tenía Luis Francisco escondido en la parte de arriba del armario de su habitación algo de tabaco, sustancia prohibida en el seminario, y decidió entregárselo a Rosendo ; cuando iba a cogerlo, de repente entró el acusado y le preguntó qué buscaba, sacando el paquete de tabaco que ya tenía Rosendo , quien previamente lo había encontrado. Ya en la habitación de Rosendo , sentado cada uno, Luis Francisco en una banqueta sin respaldo ni reposabrazos, próximo a la puerta, escuchó que Rosendo le decía que había perdido la confianza que había depositado en él, y le invitaba a hacer lo que nominó como una "prueba de confianza", disfrazando su verdadera intención de satisfacer sus deseos sexuales, consistente en que Luis Francisco se despojara de toda la ropa hasta quedarse completamente desnudo, lo que hizo, tras lo que se sentó y se tapó, escuchando en este estado las palabras de Rosendo , que permaneció sentado; cuando el acusado terminó la charla, le dijo a Luis Francisco que se vistiera, marchándose éste de la habitación del formador. En noviembre de 2015, Luis Francisco cumplía los 14 años de edad.

A consecuencia de estos hechos Luis Francisco presenta sintomatología ansiosa de carácter leve y residual ante la exposición a estímulos relacionados con los sucesos vividos.

5.- Pedro Jesús , nacido el NUM004 de 2002, en octubre de 2015, cuando cursaba 2º de la ESO, tras una revisión médica por la que no le había preguntado el acusado, Pedro Jesús , extrañado por la falta de interés del formador, por la noche, después de la oración, fue a su dormitorio a decirle que todo había ido bien y que había recibido el alta médica -el alumno unos años atrás había sido intervenido quirúrgicamente en un testículo (en ascensor)-. Rosendo se interesó entonces y le preguntó si tenía alguna cicatriz y si podía verla; Luis Francisco , que vestía su pijama, se bajó el pantalón y un poco el calzoncillo hasta la ingle, donde algo se veía la cicatriz, que Rosendo llegó a tocarle, quien, con claro propósito sexual, además de cogerle del pantalón y el calzoncillo, tiró de la goma y le vio todas "sus partes"; Pedro Jesús se echó hacia atrás y Rosendo le despidió. A la fecha de los hechos Pedro Jesús contaba 13 años.



A resultas de estos hechos, Pedro Jesús presenta leve sintomatología ansiosa de carácter leve que se traduce en pensamientos intrusivos ocasionales, que aparecen únicamente en relación a estímulos directos.

6.- Jose Pedro , nacido el NUM005 de 2001, cursaba 3º de la ESO en el seminario de Ciudad Real en el año 2015; en la tarde noche de Navidad, tras la ducha que sigue a la práctica de deporte, encontrándose Jose Pedro envuelto en una toalla, entró el acusado en su habitación, se asomó, le preguntó algo, cerró e inmediatamente se volvió a asomar e intentó apartarle la toalla con la que el alumno se tapaba, mirándole los genitales, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales. A la fecha de los hechos, Jose Pedro contaba 14 años de edad.

7.- Luis Antonio , nacido el NUM006 de 2002, durante los cursos de 1º y 2º de la ESO tuvo al acusado como formador en el seminario de Ciudad Real. Cursaba 2º de la ESO, en el ejercicio 2015/2016, y dado que Luis Antonio había sido sorprendido miccionado en una maceta de la clase, fue emplazado por el acusado para hablar en la habitación de éste último, quedando a esos fines tras la cena de Navidad de 2015. Una vez estuvo Luis Antonio en la habitación del formador, Rosendo indicó al alumno que lo acontecido era motivo de expulsión, tras lo cual invitó a Luis Antonio a hacer una "prueba de confianza", consistente en que el alumno se despojara de toda la ropa, quedándose desnudo, estado en el que permaneció mientras duró la charla del formador, prueba a la que sometió al menor, con ánimo libidinoso. A la fecha de estos hechos Luis Antonio contaba 13 años cumplidos.

8.- Agustín , nacido el NUM007 de 2001, ingresó en el seminario para cursar 1º de la ESO (en el curso escolar 2013/ 2014); durante dos años y medio su formador fue el aquí acusado, Rosendo . En ese primer curso ya, cuando iban a la piscina (lo que hicieron en el periodo comprendido entre el 9 de enero y 10 de abril de 2014), en varias ocasiones el acusado le hizo ahogadillas a Sebastián , las que realizaba empujando por la cabeza y cogiéndolo de los genitales, hundiéndolo hacia abajo, con intención de satisfacer sus deseos sexuales. A la fecha de estos hechos Sebastián contaba 12 años de edad.

En una ocasión, en este primer curso de la ESO, Sebastián padecía una rotura fibrilar inguinal crónica, que decidió curarle el acusado, para lo que éste iba hasta la habitación del alumno, sin necesidad, y con ánimo libidinoso, le hacía quitarse el pantalón y el calzoncillo y le aplicaba un líquido, a la vez que le palpaba los genitales. Rotura crónica que mantenía en 2º y 3º, y le curaba el acusado echándole Reflex tres veces al mes.

Ya en 3º de la ESO, Agustín sufrió una contusión en la cadera, y nuevamente el acusado Rosendo se ofreció a curarlo, para lo que, aunque no era necesario, le bajaba el pantalón y el calzoncillo; curas que seguía hasta principio de 3º, siempre con el mismo fin, en que nuevamente Rosendo le tocó la cadera y le empezó a bajar para los genitales reaccionando Agustín muy afectado con un "basta". A fecha de estos hechos Agustín contaba 14 años.

A consecuencia de los hechos se han objetivado secuelas psíquicas, ya que presenta desajustes psicológicos (sintomatología ansiosa, ánimo depresivo y quejas somáticas), los cuales están interfiriendo en su adecuada adaptación a nivel social, formativo y familiar.

Habiéndose agudizado desde octubre de 2016.

9.- Desiderio , nacido el NUM008 de 2001, entró en el Seminario de Ciudad Real en el curso 2013/2014, ejercicio en el que cursó 1º de la ESO.

A mediados de 1º de la ESO, el acusado Rosendo , sorprendió a Desiderio masturbándose en su habitación, lo que aprovechó el acusado para pasar dentro donde comenzó a tocarle el pene, con claro ánimo libidinoso. Al día siguiente, volvió Rosendo a la habitación de Desiderio y le preguntó "tú cómo haces eso, déjame probar a mí", a la vez que le tocaba el pene al joven. Sobre estos hechos Rosendo pidió a Desiderio que no lo contara.

En la segunda evaluación de este curso 2º, estando de Alcalde Desiderio , en una ocasión le invitó Rosendo a hablar con él, por la noche, en la habitación del formador, preguntándole "qué tal el pequeño Desiderio ", como designaba a su pene, y empezaba a masturbarlo, aunque no hasta eyacular, acto claramente sexual. En el siguiente trimestre, como quiera que no había podido participar Desiderio en las olimpiadas por estar lesionado, le invitaba Rosendo a su habitación, donde lo sentaba en sus rodillas, le bajaba el pantalón y le masturbaba; lo que hizo varias veces.

Cuando finalizaba 2º de la ESO, llamó Rosendo a Desiderio y tras preguntarle si estaba molesto por no haber participado en las olimpiadas, le dijo al joven "mira yo también la tengo grande", a la vez que le cogía la mano a Desiderio y se la llevó al pene de Rosendo , apartando la mano Desiderio y saliendo del cuarto; acto, claramente libidinoso.

En otra ocasión, en el despacho de Rosendo , le bajó el pantalón a Desiderio y le midió el pene con una regla que sacó de un cajón, mientras le decía "a ver si crece". Los anteriores hechos estaban dirigidos a con claro



propósito de obtener la satisfacción sexual del acusado, que se aprovechaba de su condición de formador para ejecutarlos.

En 3º de la ESO (curso 2015/2016), en una ocasión Desiderio le pidió al acusado Reflex, quien le invitó a ir a su habitación, donde, una vez allí, fue el acusado quien se lo echó mientras le decía que hacía mucho que no veía al pequeño Desiderio, haciendo el gesto como de saludar al pene de Desiderio con la mano, diciéndole que se lo dejara ver otra vez.

A consecuencia de estos hechos Desiderio presenta sintomatología muy leve ante la exposición a estímulos neutros relacionados con los sucesos vividos y pensamientos intrusivos que ha aprendido a manejar de forma adecuada. >>

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

<<Que debemos CONDENAR a Rosendo :

1) Por los hechos cometidos contra Aquilino, como autor de cuatro **delitos** de abuso sexual de prevalimiento, del art. 181.1 y 5 en relación con el art 180.1.3ª C.P., a la pena de VEINTIUN MESES DE MULTA, con cuota diaria de 12 €/día, y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de DIEZ MESES Y QUINCE DÍAS por cada uno de ellos. Y a que indemnice a los legales representantes del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €), cantidad que devengará el interés del art. 576 LEC.

2) Por los hechos cometidos contra Patricio, como autor de un **delito** de abuso sexual de prevalimiento ya definido, a la pena de VEINTIUN MESES DE MULTA, a 12 €/día, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de DIEZ MESES Y QUINCE DÍAS. Y a que indemnice a los legales representantes del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €), cantidad que devengará el interés del art. 576 LEC.

3) Por los hechos cometidos frente a Sebastián, como autor de un **delito** de abuso sexual de prevalimiento, la pena de VEINTIUN MESES DE MULTA, con cuota diaria de 12 €, y con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de DIEZ MESES Y QUINCE DÍAS de privación de libertad. Y a que indemnice a los legales representantes del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €), cantidad que devengará el interés del art. 576 LEC.

4) Por los hechos cometidos en la persona de Luis Francisco, como autor de tres **delitos** de abuso sexual de prevalimiento de la situación de vulnerabilidad del art. 181.1 y 5 en relación con el art. 180.1.3ª C.p., a la pena de VEINTIUN MESES DE MULTA, con cuota diaria de 12 €/día, responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de DIEZ MESES Y QUINCE DÍAS de privación de libertad, en caso de impago, por cada uno de los tres **delitos**; y, a la pena de VEINTICINCO MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el **delito** de abuso sexual a menor de dieciséis años, del art. 183.1 C. p., en redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo. Así como la PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE a una distancia inferior a TRESCIENTOS METROS, al domicilio, centro de estudio o cualquier otro lugar donde se encontrase el menor, así como PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE por cualquier medio verbal, visual o escrito con ellos, por tiempo de CINCO AÑOS, conforme a los arts. 48 y 57.1 párrafo segundo C.P. Se impone igualmente la medida de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS, a cumplir con posterioridad a la pena privativa de libertad; e INHABILITACIÓN ESPECIAL durante SEIS AÑOS para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad. Así como a que indemnice a los representantes legales del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €), que devengará el interés del art. 576 LEC.

5) Por los hechos cometidos en la persona de Pedro Jesús, como autor de un **delito** de abuso sexual a menor de dieciséis años, del art. 183.1 en redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo, a la pena de VEINTICINCO MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Así como la PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE a una distancia inferior a TRESCIENTOS METROS, al domicilio, centro de estudio o cualquier otro lugar donde se encontrase el menor, así como COMUNICARSE por cualquier medio verbal, visual o escrito con él, por tiempo de CINCO AÑOS, conforme a los arts. 48 y 57.1 párrafo segundo C.p. Igualmente se impone la medida de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS, a cumplir con posterioridad a pena privativa de libertad; e INHABILITACIÓN ESPECIAL durante SEIS AÑOS para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad. Y a que indemnice a los representantes legales del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €), cantidad que devengará el interés del art. 576 LEC.

6) Por los hechos cometidos en la persona de Jose Pedro, como autor de un **delito** de abuso sexual a menor de dieciséis años, del art. 183.1 C.p., en redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo, a la pena de VEINTICINCO MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Igualmente se impone la medida de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS, a cumplir con posterioridad a la pena privativa de libertad; e INHABILITACIÓN ESPECIAL durante SEIS AÑOS



para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores. Y a que indemnice a los legales representantes del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €), cantidad, que devengará el interés del art. 576 LEC.

7) Por los hechos cometidos frente a Luis Antonio, como autor de un **delito** de abuso sexual a menor de dieciséis años, del art. 183.1 C.P. en redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo, a la pena de VEINTICINCO MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente se impone la medida de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS, a cumplir con posterioridad la pena privativa de libertad; e INHABILITACIÓN ESPECIAL durante SEIS AÑOS para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad. Así como a que indemnice a los legales representantes del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €) cantidad que devengará el interés del art. 576 LEC.

8) Por los hechos cometidos en la persona de Agustín, como autor de dos **delitos** del art. 183.1 C.P. de abuso sexual a menor de 13 años, en redacción dada antes de la reforma operada por LO 1/2015, a la pena de VEINTICINCO MESES DE PRISIÓN por cada uno de ellos, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cada una de las condenas; y a la pena de VEINTICINCO MESES DE PRISIÓN por un **delito** de abuso de menor de dieciséis años del art. 183.1 C.p., en redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Igualmente, y por éste último **delito**, se impone la medida de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS, a cumplir con posterioridad a la pena privativa de libertad; e INHABILITACIÓN ESPECIAL durante SEIS AÑOS para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad. Así como a que indemnice a los legales representantes del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €), cantidad que devengará el interés del art. 576 LEC.

9) Por los hechos cometidos en la persona de Desiderio, como autor de tres **delitos** de abuso sexual con prevalimiento del art. 181.1 y 5 en relación con el art. 180.1.3ª C.p, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN por cada uno de ellos, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por cada uno de los tres **delitos**; y a la pena de VEINTICINCO MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio por el tiempo de la condena, por el **delito** de abuso sexual a menor de 16 años, del art. 183.1 C., en redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo. Igualmente se impone la medida de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS, a cumplir con posterioridad a la pena privativa de libertad; e INHABILITACIÓN ESPECIAL durante SEIS AÑOS para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad. Así como a que indemnice a los legales representantes del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €), cantidad que devengará el interés del art. 576 LEC.192

Condenamos igualmente a Rosendo al pago de las 19/20 partes de las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

Y, debemos ABSOLVER a Rosendo de uno de los cuatro **delitos** de abuso sexual de prevalimiento que se le imputaba respecto al menor Luis Francisco, declarando de oficio 1/20 parte de las costas del procedimiento.

>>

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación contra la misma, por el Ministerio Fiscal, por la representación procesal de la acusación particular, y por la representación procesal del acusado, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que en el Rollo de Apelación nº 15/2020, dictó sentencia nº 24/2020, de fecha 23 de septiembre de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<Se aceptan los de la Sentencia apelada excepto los siguientes, que se declaran no probados:

Al 3, en relación con Sebastián, que el acusado se acercara con el pene erecto al hacerle la ahogadilla.

Al 4, en relación con Luis Francisco y en cuanto al hecho "En otra ocasión, tras la ducha después de hacer deporte, entró Rosendo en la habitación de Luis Francisco al que encontró en calzoncillos, lo cual aprovechó para acercarse y tocarle el pene por encima de la prenda a la vez que le dijo "esto está mojado", que el acusado aprovechara para acercarse y le tocara el pene por encima de los calzoncillos.

Y, finalmente, al 6 y en relación con Jose Pedro, que apartara la toalla mirando sus genitales, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales. >>

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



<<1.- ESTIMAMOS PARCIALMENTE los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal del acusado D. Rosendo y DESESTIMAMOS el recurso interpuesto por la representación procesal de la acusación particular.

2.- REVOCAMOS PARCIALMENTE la Sentencia nº 1/2020, de 10 de enero dictada por la Sección Primera de la Iltma. Audiencia Provincial de Ciudad Real.

3.- CONDENAMOS a Rosendo :

1) Por los hechos cometidos contra Aquilino , como autor de cuatro **delitos** de abuso sexual de prevalimiento, del art. 181.1 y 5 en relación con el art 180.1.3ª C.P. a la pena de VEINTIUN MESES DE MULTA, con cuota diaria de 12 €/día. Y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de DIEZ MESES Y QUINCE DÍAS por cada uno de ellos. Y a que indemnice a los legales representantes del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €) , cantidad que devengará el interés del art. 576 LEC.

2) Por los hechos cometidos contra Patricio , como autor de un **delito** de abuso sexual de prevalimiento ya definido, a la pena de VEINTIUN MESES DE MULTA, a 12 €/día, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de DIEZ MESES Y QUINCE DÍAS. Y a que indemnice a los legales representantes del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €), cantidad que devengará el interés del art. 576 LEC.

3) Por los hechos cometidos en la persona de Luis Francisco , como autor de dos **delitos** de abuso sexual de prevalimiento de la situación de vulnerabilidad del art. 181.1 y 5 en relación con el art. 180.1.3ª C.P., a la pena de VEINTIUN MESES DE MULTA, con cuota diaria de 12 €/día. Y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de DIEZ MESES Y QUINCE DÍAS de privación de libertad, en caso de impago, por cada uno de los tres **delitos**; y, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION, e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el **delito** de abuso sexual a menor de dieciséis años, del art. 183.1 y 192 CP, en redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo. Así como la PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE a una distancia inferior a TRESCIENTOS METROS, al domicilio, centro de estudio o cualquier otro lugar donde se encontrase el menor, así como PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE por cualquier medio verbal, visual o escrito con ellos, por tiempo de CINCO AÑOS, conforme a los arts. 48 y 57.1 párrafo segundo C.P. Se impone igualmente medida de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS, cumplir con posterioridad a la pena privativa de libertad; e INHABILITACIÓN ESPECIAL durante SEIS AÑOS para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad. Así como a que indemnice a los representantes legales del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €) , que devengará el interés del art. 576 LEC .

4) Por los hechos cometidos en la persona de Pedro Jesús , como autor de un **delito** de abuso sexual a menor de dieciséis años, del art. 183.1 y 192 CP en redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Así como la PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE a una distancia inferior a TRESCIENTOS METROS, al domicilio, centro de estudio o cualquier otro lugar donde se encontrase el menor, así como COMUNICARSE por cualquier medio verbal, visual o escrito con él, por tiempo de CINCO AÑOS, conforme a los arts. 48 y 57.1 párrafo segundo C.P. Igualmente se impone la medida de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS, a cumplir con posterioridad a la pena privativa de libertad; INHABILITACIÓN ESPECIAL durante SEIS AÑOS para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad. Y a que indemnice a los representantes legales del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €) , cantidad que devengará el interés del art. 576 LEC.

5) Por los hechos cometidos frente a Luis Antonio , como autor de un **delito** de abuso sexual a menor de dieciséis años, del art. 183.1 y 192 C.P. en redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente se impone la medida de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS, a cumplir con posterioridad la pena privativa de libertad; e INHABILITACIÓN ESPECIAL durante SEIS AÑOS para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad. Así como a que indemnice a los legales representantes del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €), cantidad que devengará el interés del art. 576 LEC.

6) Por los hechos cometidos en la persona de Agustín , como autor de dos **delitos** del art. 183.1 C.P. de abuso sexual a menor de 13 años, en redacción dada antes de la reforma operada por LO 1/2015, a la pena de VEINTICINCO MESES DE PRISION por cada uno de ellos, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cada una de las condenas; y a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION por un **delito** de abuso de menor de dieciséis años del art. 183.1 y 192 C.P., en redacción dada por LO 1/2015, de



30 de marzo, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Igualmente, y por éste último **delito**, se impone la medida de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS, a cumplir con posterioridad a la pena privativa de libertad; e INHABILITACIÓN ESPECIAL durante SEIS AÑOS para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad. Así como a que indemnice a los legales representantes del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €), cantidad que devengará el interés del art. 576 LEC.

7) Por los hechos cometidos en la persona de Desiderio , como autor de tres **delitos** de abuso sexual con prevalimiento del art. 181.1 y 5 en relación con el art. 180.1.3ª C.P., a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN por cada uno de ellos, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por cada uno de los tres **delito**; y a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio por el tiempo de la condena, por el **delito** de abuso sexual a menor de 16 años, del art. 183.1 y 192 CP., en redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo. Igualmente se impone la medida de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS, a cumplir con posterioridad a pena privativa de libertad; e INHABILITACIÓN ESPECIAL durante SEIS AÑOS para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad. Así como a que indemnice a los legales representantes del menor en la suma de DOS MIL EUROS (2.000 €), cantidad que devengará el interés del art. 576 LEC.192

Condenamos igualmente a Rosendo al pago de las 16/20 partes de las costas del procedimiento en primera instancia, incluidas las de la acusación particular.

Y, debemos ABSOLVER a Rosendo de dos de los cuatro **delitos** de abuso sexual de prevalimiento que se le imputaba respecto al menor Luis Francisco , del **delito** de abuso sexual con prevalimiento que se le imputaba respecto de Sebastián y del **delito** de abuso sexual que se le imputaba respecto de Jose Pedro ; declarando de oficio 4/20 partes de las costas del procedimiento en la primera instancia.

4.- Declaramos de oficio las costas de esta apelación.

Notifíquese la presente con indicación a las partes que no es firme, ya que contra la misma cabe recurso de casación de conformidad con el artículo 847 de la LECRIM, cuya preparación debe solicitarse dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, a tenor de los artículos 855 y 856 de la referida Ley. >>

QUINTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y 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 Rosendo :

Primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo o normas del mismo carácter que deban ser observadas en la aplicación de la Ley Penal. En concreto por indebida aplicación de los arts. 181.1 y 5; 180.1.3ª; 183.1 y 192 (en su redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo del CP) y 183.1 (en su redacción dada antes de la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo) todos ellos del CP, al no concurrir las circunstancias reguladas en dichos preceptos para sustentar la condena del recurrente.

Segundo.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y en relación con el art. 852 LECrim por vulneración de preceptos constitucionales, y en concreto por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva con relación a la valoración de la prueba (24.1 CE).

Tercero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y en relación con el art. 852 LECrim por vulneración de preceptos constitucionales, y en concreto por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva con relación a la valoración de la prueba (24.1 CE).

Cuarto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación de la atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 en relación con el art. 66 CP (como muy cualificada).

Quinto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo o normas del mismo carácter que deban ser observadas en la aplicación de la Ley Penal. En concreto por indebida aplicación del art. 181.1 y 5, en relación con el art. 180.1.3ª CP, al no concurrir las circunstancias reguladas en dicho precepto para apreciar la agravante específica de prevalimiento.

Sexto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo o normas del mismo carácter que deban ser observadas en la aplicación de la Ley Penal. En concreto, por vulneración de lo dispuesto en los arts. 50.5 y 52.2 y 3 CP en la imposición de las penas de multa.



Séptimo.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim, por infracción de preceptos constitucionales. En concreto, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con interdicción de toda indefensión en relación con el derecho de defensa (art. 24.1 y 2 CE).

Octavo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por vulneración de lo dispuesto en los arts. 3 y 57.1 CP en la imposición de las penas privativas de derechos del art. 48 CP.

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 13 de julio de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Rosendo

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los arts.181.1 y 5; 180.1.3; 183 y 192 (redacción dada por LO 1/2015, de 30-3; y 183.1 (redacción anterior a dicha reforma).

Considera que respecto a alguna de las conductas imputadas al Sr. Rosendo no concurre de una manera clara el elemento intencional de satisfacer su deseo sexual a costa del sujeto pasivo, de tal manera que un roce o frotamiento incidental no serían considerados como actos punibles penalmente, de no presentarse el elemento intencional de satisfacer su deseo sexual a costa del sujeto pasivo, tratándose de acciones ocasionales y aisladas. Se sostiene que como formador el acusado mantenía una estrecha relación con los seminaristas; por lo cual, en el contexto en que se produjeron los hechos no puede inferirse el elemento de la intromisión en el área de la intimidad sexual. Se sostiene en el motivo que de los hechos probados de la sentencia se puede inferir que se trataba de un mero juego, y que en las ahogadillas se producen ciertos roces y tocamientos involuntarios, no solo en los testículos sino en otras partes del cuerpo, que nadie entendería como voluntarios para satisfacer los deseos sexuales, siendo dichas ahogadillas una práctica habitual en un entorno jovial y de ocio, no consideradas traumáticas o incómodas por el alumnado. Asimismo, las curas realizadas por el acusado serían parte de su obligación como formador. Las ocasiones en que pedía a los alumnos que se quitaran la ropa, respondían a la finalidad de evitar que se mancharan con pomada. Se alega que el abuso sexual exigiría siempre contacto físico, y en todo caso por debajo de la ropa, siendo que el acusado se limitaba a mirar el cuerpo de sus alumnos, sin realizar comentarios de tipo sexual.

1.1.- Previamente habrá que señalar que en el caso formalizado el motivo por la infracción de ley del art. 849.1 LECrim, es constante la jurisprudencia de esta Sala que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (SSTS 421/2018, de 20 de septiembre; 180/2021, de 2-3).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un

control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

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

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

1.2.- En el supuesto que se examina, según los hechos probados: 1.- En el curso académico 2013/2014, Aquilino , nacido el NUM000 de 2000, cursaba segundo de la ESO en el seminario menor de la diócesis de Ciudad Real, siendo su formador el acusado. La condición de formador implica las propias del tutor, esto es, el que acompaña en el día a día, en lo académico, personal, cuidado, vigilancia, desde las 8 de la mañana a las 23 horas.

En la primera evaluación de dicho curso, un domingo por la noche del mes de noviembre de 2013, el acusado fue a la habitación de Aquilino interesándose por una pomada para tratar un principio de fimosis que le pidió al alumno que le enseñara, para, seguidamente, sin que mediara razón alguna y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, meterle la mano en el pene a Aquilino , le echó la piel para atrás y le dijo, "pues no, no tienes fimosis" después el acusado que se giró dando la espalda a Aquilino , quien a su vez se dio la vuelta, y dirigiéndose a éste le dijo "yo no tengo fimosis".

En el periodo que comprende la segunda evaluación del citado curso, entre el 9 de enero y el 10 de abril de 2014, los alumnos de segundo de la ESO, una vez a la semana, iban a la piscina del polideportivo; antes de dar las notas de esta segunda evaluación, uno de los días que los seminaristas acompañados del acusado fueron a la piscina, el acusado le dijo a Aquilino que estaba flojo en lengua, circunstancia que, sin necesidad y con claro ánimo libidinoso, aprovechó para meterle la mano y agarrarle los testículos a la vez que le dijo "échale huevos".

Durante este mismo periodo, en el que realizaban actividades deportivas en la piscina, el acusado, en al menos dos ocasiones, y con motivo de hacer una ahogadilla, cogió a Aquilino de los testículos, con igual propósito que en el anterior. En estos tres episodios, el menor contaba 13 años de edad.

En otra ocasión, durante el mismo curso, próximo ya a finalizar, el acusado mantuvo en su despacho una reunión con Aquilino para hablar sobre cómo iba a ser el paso a tercero de la ESO, y cuando terminó la charla, el acusado le manifestó que le iba a echar mucho de menos, y, con propósito de satisfacer sus pulsiones sexuales, agarrándole por los testículos, dijo que le echara huevos, saliendo acto seguido Aquilino . En estos hechos, el menor contaba 14 años de edad. De resultados de estos hechos se han objetivado secuelas psíquicas en Aquilino , ya que presenta desajustes psicológicos (sintomatología ansiosa, problemas de pareja, baja autoestima), los cuales están interfiriendo en su adecuado desarrollo socio- psicoevolutivo, desajustes que se han agudizado desde octubre de 2016.

2.- Patricio . nacido el NUM001 de 2000, ingresó en el seminario de Ciudad Real para cursar primero de la ESO en el curso 2012/2013, siendo su formador durante primero y segundo de la ESO el acusado. Durante el segundo curso de la ESO, en el año 2014, antes de Semana Santa, cuando ya estaban las notas de la segunda evaluación, aunque no se habían entregado, estando en la piscina más arriba referida, preguntaron los seminaristas al formador cómo habían salido, proponiendo el acusado hacer ahogadillas, en el caso de Agustín tantas cuantas dieces hubiera obtenido en sus calificaciones, porque era la calificación que más tenía el alumno, con la clara intención de hacer tocamientos, y así, para hacer las ahogadillas, le cogía y le hundía por la zona de los genitales, apretándolos y bajando. En la fecha de los hechos, Agustín contaba 13 años de edad. La semana santa fue del 13 al 20 de abril. Estos hechos, con claro ánimo de obtener una satisfacción sexual por parte del acusado, se realizaban aprovechando su posición de formador.

3.- Sebastián . nacido el NUM002 de 2000, ingresó en el seminario en 2012, donde estuvo durante cuatro años, siendo durante primero y segundo de la ESO su formador el acusado. Durante el primer curso, sobre marzo o abril, en una de las ocasiones que iban a la piscina, se le acercó el acusado por la espalda para hacerle una ahogadilla, notando que tenía el pene erecto. A partir de entonces, cuando iban a la piscina, Sebastián . evitaba coincidir con el acusado por la misma calle.



4.- Luis Francisco , nacido el NUM003 de 2001, entró en el seminario de Ciudad Real en el curso 2013/2014, para cursar primero de la ESO, siendo su formador durante este curso y el siguiente, segundo de ESO, el acusado. Acabando el primer trimestre de segundo de la ESO, dadas las dudas que le manifestó Luis Francisco al formador, por Navidad y al despedirse, de pie Luis Francisco y el acusado, ambos en el hall, el acusado le puso una mano en el hombro y otra en la parte baja del abdomen, "reculando" el menor, ante lo que el acusado le dijo que estuviera tranquilo. Durante ese mismo curso escolar 2014/2015, hasta en dos ocasiones, en dos días distintos, de las veces que iban a la piscina, antes de Semana Santa, entre enero y febrero de 2015, el acusado le hizo ahogadillas a Luis Francisco y para ello lo cogió de los genitales, con clara intención sexual. En la fecha de estos hechos Luis Francisco contaba 13 años de edad. En otra ocasión, tras la ducha después de hacer deporte, entró el acusado en la habitación de Luis Francisco , al que encontró en calzoncillos, lo cual aprovechó para acercarse y tocarle el pene por encima de la prenda a la vez que le dijo "esto está mojado". En otra ocasión, jugando al fútbol, al pisar un balón, Luis Francisco se escurrió y se hizo una herida en la cadera derecha, que se ofreció el acusado a curarle, emplazando al menor para hacerlo por la noche en su habitación (la del acusado). Llegada la noche, después de ducharse, Luis Francisco llamó a la puerta de la habitación que abrió el acusado, quien le indicó dónde estaba el baño, para seguidamente invitarle a meterse en la ducha, quitándose Luis Francisco los zapatos y calcetines, se bajó los pantalones, no los calzoncillos, aunque el acusado, con clara intención de obtener satisfacción sexual, le dijo que se los bajase también, limpiándole la herida con agua oxigenada y betadine, a la vez que le daba "capirotazos" en el pene. Esta operación se repitió la noche siguiente, si bien en esta ocasión la cura se hizo en el dormitorio. Luis Francisco se bajó los pantalones, se subió los calzoncillos y Rosendo volvió a decirle que se los quitara para no mancharse. El acusado, con el algodón le dio en el pene y le comentó que así se ponía oscuro esto (refiriéndose al pene). En noviembre de 2015, el acusado sorprendió a Luis Francisco con el móvil, que tenían prohibido usar los alumnos, y le emplazó a ir a hablar con él por la noche. Tenía Luis Francisco escondido en la parte de arriba del armario de su habitación algo de tabaco, sustancia prohibida en el seminario, y decidió entregárselo al acusado; cuando iba a cogerlo, de repente entró el acusado y le preguntó qué buscaba, sacando el paquete de tabaco que ya tenía el acusado, quien lo había encontrado. Ya en la habitación del acusado, sentado cada uno, Luis Francisco en una banqueta sin respaldo ni reposabrazos, próxima a la puerta, escuchó que el acusado le decía que había perdido la confianza que había depositado en él, y le invitaba a hacer lo que denominó como una "prueba de confianza", disfrazando su verdadera intención de satisfacer sus deseos sexuales, consistente en que Luis Francisco se despojara de toda la ropa hasta quedarse completamente desnudo, lo que hizo, tras lo que se sentó y se tapó, escuchando en este estado las palabras del acusado, que permaneció sentado; cuando el acusado terminó la charla, le dijo a Luis Francisco que se vistiera, marchándose éste de la habitación del formador. En noviembre de 2015, Luis Francisco cumplía los 14 años de edad. A consecuencia estos hechos Luis Francisco presenta sintomatología ansiosa de carácter leve y residual ante la exposición a estímulos relacionados con los sucesos vividos.

5.- Pedro Jesús , nacido el NUM004 de 2002, en octubre de 2015, cuando cursaba segundo de la ESO, tras una revisión médica por la que no le había preguntado el acusado, extrañado por la falta de interés del formador, por la noche, después de la oración, fue a su dormitorio a decirle que todo había ido bien y que había recibido el alta médica. El alumno, unos años atrás, había sido intervenido quirúrgicamente en un testículo en ascensor. El acusado se interesó entonces y le preguntó si tenía alguna cicatriz y si podía verla; Luis Francisco , que vestía su pijama, se bajó el pantalón y un poco el calzoncillo hasta la ingle, donde algo se veía la cicatriz, que el acusado llegó a tocarle, quien, con claro propósito sexual, además de cogerle del pantalón y el calzoncillo, tiró de la goma y le vio todas sus partes; Pedro Jesús se echó hacia atrás y el acusado le despidió. A la fecha de los hechos Pedro Jesús contaba 13 años. De resultas de estos hechos, Pedro Jesús presenta leve sintomatología ansiosa de carácter leve que se traduce en pensamientos intrusivos ocasionales, que aparecen únicamente en relación a estímulos directos.

6.- Jose Pedro , nacido el NUM005 de 2001, cursaba tercero de la ESO en el seminario de Ciudad Real en el año 2015. En la tarde noche de Navidad, tras la ducha que sigue a la práctica de deporte, encontrándose envuelto en una toalla, entró el acusado en su habitación, se asomó, preguntó algo, cerró e inmediatamente se volvió a asomar e intentó apartarle la toalla con la que el alumno se tapaba, mirándole los genitales, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales. A la fecha de los hechos, Jose Pedro contaba 14 años de edad.

7.- Luis Antonio , nacido el NUM006 de 2002, durante los cursos de primero y segundo de la ESO tuvo al acusado como formador en el seminario de Ciudad Real. Cursaba segundo de la ESO, en el ejercicio 2015/2016, y dado que Luis Antonio había sido sorprendido miccionando en una maceta de la clase, fue emplazado por el acusado para hablar en la habitación de éste último, quedando a esos fines tras la cena de Navidad de 2015. Una vez estuvo Luis Antonio en la habitación del formador, el acusado indicó al alumno que lo acontecido era motivo de expulsión, tras lo cual invitó a Luis Antonio a hacer una "prueba de confianza" consistente en que el alumno se despojara de toda la ropa, quedándose desnudo, estado en el que permaneció mientras duró la



charla del formador, prueba, a la que sometió al menor, con ánimo libidinoso. la fecha de estos hechos Luis Antonio contaba 13 años cumplidos.

8.- Agustín . nacido el NUM007 de 2001, ingresó en el seminario para cursar primero de la ESO, en el curso escolar 2013/2014. Durante dos años y medio su formador fue el aquí acusado. En ese primer curso ya, cuando iban a la piscina, lo que hicieron en el periodo comprendido entre el 9 de enero y 10 de abril de 2014, en varias ocasiones el acusado le hizo ahogadillas a Agustín , las que realizaba empujando por la cabeza y cogiéndolo de los genitales, hundiéndolo hacia abajo, con intención de satisfacer sus deseos sexuales. A la fecha de estos hechos Agustín contaba 12 años de edad. En una ocasión, en este primer curso de la ESO, Agustín padecía una rotura fibrilar inguinal crónica, que decidió curarle el acusado, para lo que éste iba hasta la habitación del alumno sin necesidad, y con ánimo libidinoso le hacía quitarse el pantalón y el calzoncillo y le aplicaba un líquido, a la vez que le palpaba los genitales. Rotura crónica que mantenía en 20 y 30, y le curaba el acusado echándole reflex tres veces al mes. Ya en tercero de la ESO, Agustín . sufrió una contusión en la cadera, y nuevamente el acusado se ofreció a curarlo, para lo que, aunque no era necesario, le bajaba el pantalón y el calzoncillo; curas que seguía hasta principio de tercero, siempre con el mismo fin, en que nuevamente el acusado le tocó la cadera y le empezó a bajar para los genitales reaccionando Agustín . muy afectado con un "basta". A fecha de estos hechos Agustín . contaba 14 años. Como consecuencia de los hechos se han objetivado secuelas psíquicas, presenta desajustes psicológicos, sintomatología ansiosa, ánimo depresivo y quejas somáticas, los cuales están interfiriendo en su adecuada adaptación a nivel social, formativo y familiar, habiéndose agudizado desde octubre de 2016.

9.- Desiderio , nacido el NUM008 de 2001, entró en el Seminario de Ciudad Real en el curso 2013/2014, ejercicio en el que cursó primero de la ESO. A mediados de primero de la ESO, el acusado sorprendió a Desiderio masturbándose en su habitación, lo que aprovechó el acusado para pasar dentro, donde comenzó a tocarle el pene, con claro ánimo libidinoso. Al día siguiente, volvió el acusado a la habitación de Desiderio y le preguntó "tú cómo haces eso, déjame probar a mí", a la vez que le tocaba el pene al joven. Sobre estos hechos el acusado pidió a Desiderio que no lo contara. En la segunda evaluación de este curso segundo, estando de alcalde Desiderio , en una ocasión le invitó el acusado a hablar con él por la noche, en la habitación del formador, preguntándole "qué tal el pequeño Desiderio ", como designaba a su pene, y empezaba a masturbarlo, aunque no hasta eyacular, acto claramente sexual. En el siguiente trimestre, como quiera que no había podido participar Desiderio en las olimpiadas, por estar lesionado, le invitaba el acusado a su habitación, donde lo sentaba en sus rodillas, le bajaba el pantalón y le masturbaba, lo que hizo varias veces. Cuando finalizaba segundo de la ESO, llamó el acusado y tras preguntarle si estaba molesto por no haber participado en las olimpiadas, le dijo al joven "mira, yo también la tengo grande", a la vez que le cogía la mano a Desiderio y se la llevó al pene del acusado, apartando la mano Desiderio y saliendo del cuarto, acto claramente libidinoso. En otra ocasión, en el despacho del acusado, le bajó el pantalón a Desiderio y le midió el pene con una regla que sacó de un cajón, mientras le decía 'a ver si crece' Los anteriores hechos estaban dirigidos al claro propósito de obtener la satisfacción sexual del acusado, que se aprovechaba de su condición de formador para ejecutarlos. En tercero de la ESO, curso 2015/2016, en una ocasión Desiderio le pidió al acusado reflex, quien le invitó a ir a su habitación, donde, una vez allí, fue el acusado quien se lo echó, mientras le decía que hacía mucho que no veía al pequeño Desiderio , haciendo el gesto como de saludar al pene de Desiderio con la mano, diciéndole que se lo dejara ver otra vez. A consecuencia de estos hechos Desiderio presenta sintomatología muy leve ante la exposición a estímulos neutros relacionados con los sucesos vividos y pensamientos intrusivos que ha aprendido a manejar de forma adecuada.

1.3.- Hechos probados que pueden subsumirse en los tipos penales aplicados. Así, en STS 378/2019, de 22-7, se recuerda que "...en la actual redacción del CP, introducida por LO 1/2015, de 30-3, se define la conducta típica como "todo acto de contenido sexual", y el texto anterior vigente al tiempo de los hechos se definía la conducta con un giro lingüístico más conceptual, como "todo acto que atente contra la indemnidad sexual". Para la calificación jurídico-penal del hecho, se objeta que el autor no tuvo ánimo libidinoso cuando llevó a cabo su conducta. Pues bien, esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones indicando que en el **delito** de abuso sexual el ánimo libidinoso, aunque es normal que concorra, no es un requisito del tipo y, por tanto, su inexistencia, no determina la ausencia de tipicidad de la conducta.

Sirva de ejemplo la STS 897/2014, de 15-12, con cita de otra anterior 494/2007, de 8-6, en la que se afirmaba que "(...) el tipo subjetivo exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica, a su vez, la conciencia de afectación del bien jurídico. Tradicionalmente se ha requerido la concurrencia de un ánimo tendencial consistente en el llamado ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual. Generalmente, tal ánimo concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente la que lo explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido. En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para



entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que sea suficiente que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima (...)"

El **delito** de abuso sexual, por tanto, no exige la concurrencia de "ánimo libidinoso", que puede faltar cuando se comete un abuso sexual, por ejemplo, por odio o venganza o, como en este caso, cuando se realiza la acción por el deseo de integrarse en un grupo. Lo que se precisa en el plano subjetivo es que la actuación sea dolosa, lo que ocurre cuando el agente conoce la naturaleza sexual del acto que voluntariamente ejecuta y es consciente de la afectación del bien jurídico.

En el mismo sentido la STS 107/2019, de 4-3, señala que el ánimo libidinoso, o, dicho de otra forma, la intención del sujeto orientada a su satisfacción sexual, es un elemento ordinariamente presente en este tipo de conductas delictivas, pero no es un elemento del tipo. Dicho de otra forma, cabe atacar contra el bien jurídico protegido, la indemnidad o la libertad sexual de una persona, sin que el sujeto activo tenga como finalidad su satisfacción sexual, siempre, como se ha dicho, que el significado sexual de la conducta sea establecido de forma indiscutible.

La actuación del ahora recurrente consistió en actos hábiles para atacar la indemnidad sexual de los menores, citando la sentencia jurisprudencia que nos recuerda que es posible que, sin contacto físico entre autor y víctima, se ejecuten actos que atenten a su indemnidad sexual, dado que la tipicidad en el **delito** de abuso sexual no requiere el contacto corporal, siendo lo relevante el ataque a la libertad e indemnidad sexual.

Como precisa la STS 301/2016, de 19-4, son muchos los precedentes de esta Sala en los que la aplicación del art. 183 CP no se ha visto obstaculizada por el hecho de que no mediare contacto físico entre agresor y víctima. Y no solo en aquellos casos en los que la ausencia de relación física está ligada al escenario telemático en el que se desarrolla el abuso. Así, por ejemplo, en STS 1397/2009, de 29-12, decíamos que "...el **delito** de agresión sexual del art. 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona, sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a la víctima (...). Que la satisfacción sexual la obtenga (el acusado) tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar lo que en ambos casos es un comportamiento de indudable contenido sexual.

Pero más allá de aquellos supuestos en los que la falta de contacto físico se produce en un contexto de proximidad entre agresor y víctima, las nuevas formas de comunicación introducen inéditos modelos de interrelación en los que la distancia geográfica deja paso a una cercanía virtual en los que la afectación del bien jurídico no es que sea posible, sino que puede llegar a desarrollarse con un realismo hasta ahora inimaginable. El intercambio de imágenes de claro contenido sexual, obligando a un menor a enviar fotografías que atentaban contra su indemnidad sexual (ATS 1379/2014, de 18-9), la obtención de grabaciones con inequívocos actos sexuales ejecutados por menores de edad (STS 864/2015, de 10-12), la introducción anal y vaginal de objetos por dos niñas, inducidas por su propia madre para su observación por tercero a través de internet (STS 786/2015, de 4-12), son solo algunos ejemplos recientes de resoluciones de esta Sala en las que hemos considerado que el ataque a la indemnidad sexual del menor de edad puede producirse sin esa contigüidad física que, hasta hace pocos años, era presupuesto indispensable para la tipicidad de agresiones o abusos sexuales a menores.

1.4.- En el supuesto que se analiza, tal como señalan las acusaciones pública y privada al impugnar el motivo, los episodios de ahogadillas, que se presentan como un inocente juego, en el que de forma accidental podrían producirse roces o tocamientos involuntarios, suponen realmente que el acusado agarraba los genitales de los menores, siendo conductas reiteradas y prolongadas en el tiempo, durante toda la temporada de baño en la piscina y afectantes a varios alumnos tutelados.

Las curas en las habitaciones, obligando a los menores a bajarse los calzoncillos y palpándoles los genitales y el pene, so pretexto de esas curas, tienen evidente carácter sexual. Tocar los genitales al menor para que el próximo año "le echara huevos" al curso no puede entenderse como una técnica educativa.

Hacer desnudar a los menores no puede ser considerado como una mera prueba de confianza y los actos de masturbación o contemplación del pene de los menores atentan de forma evidente a la libertad e indemnidad sexual de estos.

SEGUNDO.- El motivo segundo al amparo del art. 5.4 LOPJ y en relación con el art. 852 LECrim por vulneración de preceptos constitucionales y en concreto por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva con relación a la valoración de la prueba (art. 24.1 CE).

Denuncia que la numerosa prueba de descargo (declaración del acusado, testifical, pericial y documental) practicada en el plenario, ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal del instancia,



con claro quebranto del principio de tutela judicial efectiva, causante de indefensión. Se ha discriminado indebida e irrazonablemente toda la prueba de descargo, manifestándose una voluntad de la Sala juzgadora y por ende del Tribunal, de resolver de una determinada manera, para luego "fundamentar" con un aporte probatorio sesgado en cuanto a que sólo se utilizan elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos.

2.1.- El motivo debe ser desestimado.

Necesariamente hemos de partir que como hemos dicho, - SSTS. 1081/2009 de 11.11; 56/2009 de 3.2, 433/2007 de 23.5-, de una parte, la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho, o motivación de la subsunción, cuyas exigencias son distintas. La motivación sobre hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquélla por la que se conoce el proceso de convicción del Órgano Jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción. Esta función sólo la puede realizar el Órgano Jurisdiccional que ha percibido la prueba con la intermediación derivada de la práctica de la misma.

Pero también hemos dicho que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por ello mismo, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa.

A este respecto, no resulta ocioso reiterar los criterios contenidos en la STS de 3 de mayo de 2.006, según la cual la sentencia debe expresar un estudio <<lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la C.E. La parte concernida que viese silenciada, y por tanto no valorada el cuadro probatorio por él propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación, y en definitiva un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precipitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego "fundamentarlo" con un aporte probatorio sesgado en cuanto que sólo utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos.

Tal planteamiento, no podía ocultar la naturaleza claramente decisionista/voluntarista del fallo, extramuros de la labor de valoración crítica de toda la prueba de acuerdo con la dialéctica de todo proceso, definido por la contradicción entre las partes, con posible tacha de incurrir en arbitrariedad y por tanto con vulneración del art. 9.3º de la C.E.

Ciertamente esta exigencia de vocación de valoración de toda la prueba es predicable de todo enjuiciamiento sea cual fuese la decisión del Tribunal, absolutoria o condenatoria, ya que el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de igualdad de partes no consentiría un tratamiento diferenciado, aunque, justo es reconocerlo, así como para condenar es preciso alcanzar un juicio de certeza -más allá de toda duda razonable según la reiterada jurisprudencia del TEDH, y en el mismo sentido STC de 13 de julio de 1998, entre otras muchas-, para una decisión absolutoria basta la duda seria en el Tribunal que debe decidir, en virtud del principio in dubio pro reo.

Así, a modo de ejemplo, se puede citar la sentencia de esta Sala 2027/2001 de 19 de noviembre, en la que se apreció que la condena dictada en instancia había sido en base, exclusivamente, a la prueba de cargo sin cita ni valoración de la de descargo ofrecida por la defensa.

En dicha sentencia, esta Sala estimó que "... tal prueba (de descargo) ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal, y ello supone un claro quebranto del principio de tutela judicial causante de indefensión, porque se ha discriminado indebida y de forma irrazonable toda la prueba de descargo, que en cualquier caso debe ser objeto de valoración junto con la de cargo, bien para desestimarla de forma fundada, o para aceptarla haciéndola prevalecer sobre la de cargo ... lo que en modo alguno resulta inadmisibles es ignorarla, porque ello puede ser exponente de un pre-judicio del Tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada".

Ahora bien ello no comporta que el Tribunal sentenciador tenga que realizar un análisis detallado y exhaustivo de cada una de las pruebas practicadas pues cuando se trata de la motivación fáctica, recuerda la STS. 32/2000



de 19.1, la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico, pero debe advertirse que la motivación fáctica adquiere especial importancia cuando el hecho probado se apoya en prueba indirecta o indiciaria, porque entonces, es del todo punto necesario la expresión de los razonamientos que han permitido al Tribunal llegar a las conclusiones adoptadas a través de un proceso deductivo derivado de unos hechos indiciarios indirectos, pero no es precisa una detallada argumentación cuando la prueba es directa, en cuyo caso la exigencia de motivación queda cumplimentada con la indicación de las pruebas directas de que se trate, pues, en tal caso, el razonamiento va implícito en la descripción de aquéllas.

En similar sentido las SSTS 258/2010, de 12-3; 540/2010, de 8-6, precisan que "...la ponderación de la prueba de descargo representa un presupuesto sine qua non para la racionalidad del desenlace valorativo. Su toma en consideración por el Tribunal a quo es indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional. No se trata, claro es, de abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso. En palabras del Tribunal Constitucional exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (SSTC. 148/2009 de 15-6, 187/2006 de 19-6)."

2.2.- No otra cosa sucede en el caso analizado. La sentencia recurrida (fundamento de derecho sexto in fine) analiza la protesta del recurrente porque no se había valorado, como considera que debió serlo, la prueba de descargo, en esencia, la declaración del acusado, la documental y la pericial psicológica, y concluye que ello no es cierto. "La declaración del acusado se valora y se toma en consideración; seguro que en un aspecto que el recurrente no comparte, pero de ahí solo surge una diferencia de criterio en la valoración de la prueba, que está reservada a la Sala. Sus manifestaciones sobre una posible orquestación de los entonces menores, en revancha de su especial rigidez, ya ha sido contestada. Tampoco merece especial consideración que algunas acciones se produjeran en el entorno de una charla sobre la violación del sexto mandamiento y la doctrina católica al respecto, cuando sorprende a un seminarista masturbándose, más bien responde a la maniobra torticera del autor para mostrar su papel tutorial. La documental aportada carece de mayor valor: si resultó difícil aflorar los sentimientos de los menores, cómo exigirles que los pusieran por escrito en un periódico que circulaba por el seminario al alcance de todos; o el día concreto en que se desarrollaba la actividad de natación; lo relevante es que todos admiten su práctica. Finalmente, en cuanto a la pericial psicológica sobre credibilidad de los menores , ya hemos hecho notar que 7 de los 9 testigos son mayores de edad y los otros dos tienen ya 17 años al tiempo de prestar su declaración, lo que relativiza su peso en el acervo probatorio, por más que tuviera otro mayor durante la instrucción de la causa."

TERCERO.- El motivo tercero al amparo del art. 5.4 LOPJ y en relación con el art. 852 LECrim por vulneración de preceptos constitucionales y en concreto por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva con relación a la valoración de la prueba (art. 24.1 CE).

Argumenta que el Tribunal sentenciador ha dotado de credibilidad y valor probatorio a los testimonios de las víctimas -básica prueba de cargo practicada en el plenario- sin que concurren los requisitos jurisprudenciales y doctrinales establecidos por esta Sala Segunda -y concretamente la persistencia en la incriminación- para que los testimonios puedan ejercer como prueba de cargo sustancial y sean capaces de enervar el derecho a la presunción de inocencia del acusado, consagrado en el art. 24.2 CE.

3.1.- Previamente debemos recordar, en cuanto al contenido del control de esta Sala, cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, que ha mediado un previo 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, hemos dicho -por todas STS 25/2022, de 14-1- 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.

3.2.- En el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida -esto es, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia- analiza la vulneración del derecho a la presunción de inocencia denunciada en el fundamento de derecho noveno, destacando como: "La Sala de instancia declara probados los hechos que sustentan la condena del acusado recurrente con base, esencialmente, en la declaración de las víctimas, testigos cuya versión asume "en cuanto sujeta a los parámetros establecidos por jurisprudencia ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación".

Inicialmente debemos señalar que se trata de múltiples declaraciones testificales; no estamos en presencia de un único testigo víctima que expone su vivencia. En este caso, hasta nueve jóvenes, que fueron seminaristas internos y tenían al acusado como formador, con funciones propias de tutor, manifiestan abiertamente los hechos ocurridos y lo hacen de forma coincidente entre ellos, pero no de forma absoluta, lo que implica una suerte de corroboración, al observar un patrón de comportamiento del recurrente. Ninguno afirma haber presenciado los hechos denunciados por otros -lo que decididamente desarma su pretendida confabulación-; ni siquiera en las ahogadillas que se producían en la piscina, en un escenario público y que compartían varios denunciadores a la vez. Además, reseñamos que, al tiempo de testificar en el plenario, cuando la mayoría de los seminaristas declara por vez primera una vez alcanzada la mayoría de edad, ha pasado un largo período de tiempo desde que ocurrieran los hechos denunciados, habiendo abandonado la mayoría el seminario, y no se advierte qué beneficio puede reportar a las víctimas su declaración. Es cierto que algún testigo manifiesta abiertamente su aversión contra el acusado; pero que nace directamente del sentimiento de víctima provocada por los abusos a los que se vieron sometidos. Ninguna otra motivación espuria se advierte en los deponentes; más aún pasado un largo período de tiempo desde que ocurrieron los hechos. Hay que insistir en que son muchos los testigos víctimas y que no se amerita la existencia de una estrecha relación que permitiera orquestar una maniobra tan perjudicial contra el acusado.

Las versiones de los testigos son persistentes a lo largo del tiempo, aunque como se dice en la sentencia de instancia no son idénticas. Nos centramos en el material probatorio. La lectura de las declaraciones ante el Vicario judicial de la Diócesis de Ciudad Real ff. 26 y ss. -unidas con la denuncia del fiscal como notitia criminis y sobre las que la Sala de instancia hace notar que el acusado trae al plenario el contenido del expediente, también en el escrito de recurso y en el acto de la vista- permite concluir que los hechos denunciados coinciden con los que constan en la declaración ante el juez de Instrucción ff. 200 y ss. y las declaraciones en el plenario, según comprobamos una vez visionada la grabación, y todos ellos son recogidos en los hechos probados de la sentencia. Es más, si algo destaca es que, algunos relativizan los hechos inicialmente denunciados, minorando o extinguiendo su relevancia penal: Sebastián acaba dudando si, cuando el acusado se acercó en la piscina le rozó con el pene erecto o con otra parte del cuerpo; Luis Francisco no refiere en su declaración en el plenario los tocamientos en el pene por encima de los calzoncillos al acabar la ducha que había manifestado ante el vicario judicial y ante el Juez de Instrucción, aunque mantiene incólume el resto del relato; y Jose Pedro insiste que a él "no le quitó la ropa, que lo intentó pero no pudo... que de todo, bien, bien, no se acuerda". Y es evidente que en este punto debe prosperar el recurso de la defensa, con base en la presunción de inocencia y en el valor probatorio de la declaración en el plenario. Si estos menores no recuerdan bien lo ocurrido, no existe garantía suficiente de que los hechos fueran tal como se relata en los hechos probados de la sentencia y respecto de tales **delitos** procede su libre absolución. Pero no debe entenderse como una discrepancia que ponga en entredicho el valor de las declaraciones de los testigos; antes bien se trata de observar los derechos constitucionales del acusado, considerando que no existe una declaración aprendida con ánimo de perjudicarlo, orquestada por los menores como una revancha, que se repetiría de forma mimética en toda ocasión y en el caso de los tocamientos a Luis Francisco de falta de prueba en el plenario.

Las declaraciones, como se dice en la sentencia y se aprecia por el Tribunal, son claras, precisas, coherentes en la incriminación y sin contradicciones en cuestiones relevantes. No puede calificarse como tal el error en el



día de la semana que se acudía a la piscina, la hora en que se dice que ocurrieron los hechos en relación con el horario de la misa diaria, el año que entraron en el seminario... de todo punto normal atendido el transcurso del tiempo desde que ocurrieron hasta la fecha del juicio. El visionado de la grabación permite observar la riqueza de detalles que los testigos ofrecen en su relato y, advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, que el recurrente presenta como discordancias frases incompletas que no responden a la literalidad de lo declarado.

A la hora de enjuiciar la verosimilitud de los testimonios parte la Sala de la corroboración por la declaración del propio acusado, que asume alguna intervención los hechos: la existencia de tocamientos en la piscina "si así lo dicen varios", aunque involuntarios; la práctica de la mal llamada prueba de confianza, haciendo desnudarse a dos menores, que se justifica como una medida educativa; haberse interesado por la cicatriz de Pedro Jesús ; haber agarrado el pene a Desiderio cuando lo sorprendió masturbándose -en la declaración ante el vicario judicial y la carta por él firmada que aportó con tal declaración ff. 9-18-, aunque posteriormente en declaración judicial en instrucción y el plenario la matizara y refiriera que agarró la mano; el perdón que pidió a los internos en la capilla... Es cierto que no se trata de una confesión de los hechos, pues no reconoce su culpabilidad; simplemente constatamos la certeza de la existencia de las situaciones denunciadas, que no responden a meras invenciones de las víctimas.

La forma en la que surge la denuncia de los hechos le confiere visos de realidad: a través de los sacerdotes de los pueblos y parroquias de los seminaristas y aún de otro seminarista mayor. Son varios. También se toma en consideración la declaración de la psicóloga del Seminario Carmen , que impartía el curso de sexualidad teenstar, y que en su declaración en el plenario se remite al informe que obra a los ff. 39 y ss. y lo ratifica, expresando que no tiene razones para no creer a los denunciados, ajustadas a las reglas de la experiencia, valorando que lo contarán inicialmente a sus familias o personas de confianza y posteriormente a los compañeros; que solo conocen algo del resto, pero su versión es personal y única; que aunque hay aspectos comunes cada situación es diferente; expresan sentimiento de incomodidad y vergüenza, miedo a no ser creídos su lenguaje corporal; no detecta ánimo venganza.

Los padres de los menores manifiestan cómo apreciaron sus cambios durante aquel tiempo y en relación con los hechos. Por todo ello consideramos que la Sala aplica acertadamente los criterios jurisprudenciales cuando afirma creer a los denunciados-víctimas; es más, tanto es así que esta Sala lleva tal credibilidad al extremo, revocando la sentencia en los hechos que se anuncia, y precisamente por las dudas expuestas por los testigos e incluso por el tenor propio de la declaración.

Finalmente, el hecho mismo de que varios de ellos presenten alguna secuela como efecto de los abusos, recogidas en los hechos probados de la sentencia, sirve también de corroboración de la existencia de una causa bastante y eficiente."

La Sala de apelación, en definitiva, hace constar la existencia de prueba de cargo bastante, fundada en las declaraciones de los menores, corroboradas por testificales y pericial adicional, que había sido considerada por el Tribunal a quo como subjetivamente creíbles, objetivamente verosímiles y convincentes y en cuya valoración no se aprecian signos de arbitrariedad.

La valoración realizada por el Tribunal Superior resulta acertada. Ha existido prueba de cargo bastante, recordando esta Sala en numerosas ocasiones -por todas STS 684/2020, de 10-9, que las declaraciones de las víctimas pueden constituir prueba de cargo bastante, cuando se practican con las debidas garantías y, como se ha indicado, no existan indicios que apunten a una valoración irracional, absurda o arbitraria, sin que el recurrente, en su legítima discrepancia demuestre arbitrariedad alguna.

3.3.- Lo que se cuestiona por este es la credibilidad que el Tribunal otorga a las víctimas, pero como hemos dicho en SSTS 585/2020, de 5-11, y 672/2022, de 1-7, no es éste, sin embargo, el ámbito propio de la presunción de inocencia cuando se invoca en sede casacional. Como hemos afirmado en numerosos precedentes y aun cuando ello implique recordar una obviedad (cfr. STS 636/2015, 27 de octubre), nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal *a quo*. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba, (SSTS 399/2013, 8 de mayo; 790/2009, 8 de julio, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril) o, en palabras contenidas en otros precedentes, siempre que esas alternativas a la hipótesis que justificó la condena no sean susceptibles de ser calificadas como razonables. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables (cfr. SSTS 848/2999, 27 de julio; 784/2009, 14 de julio



y 625/2008, 21 de octubre). No nos incumbe ahora realizar una nueva valoración de la prueba. No nos resulta posible, en fin, proceder a un análisis secuencial de todas y cada una de las alegaciones mediante las que la parte recurrente trata de demostrar el error valorativo en que ha podido incurrir el Tribunal *a quo*. El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia ha quedado sobradamente delimitado por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala (cfr. STS 553/2008, 18 de septiembre y SSTC 16/2012, 13 de febrero; 89/1998, de 28 de septiembre; 135/2003, de 30 de junio; 137/2005, de 23 de mayo y 26/2010, de 27 de abril, entre otras muchas).

Es, por tanto, en ese exclusivo ámbito en el que hemos de valorar la queja de la defensa. Y ninguna de las alegaciones exculpatorias que se hacen valer tienen la entidad suficiente para desmembrar la consistencia del juicio de autoría formulado en la instancia y en apelación.

En efecto, es muy difícil que pudieran ponerse de acuerdo tantas personas (menores y sus padres) para montar un escenario delictivo de esta envergadura y que no hayan incurrido en fisuras o contradicciones significativas, máxime cuando está probado las buenas relaciones que los menores mantenían hasta entonces con el que era su formador en el seminario e igualmente los padres con alguno de los cuales la relación era incluso de amistad. Además, no consta que los menores tuvieran conocimiento de lo que les estaba ocurriendo a los demás ni que lo hubiesen comentado entre ellos, pese a que todos lo conocían por ser internos en el seminario.

Asimismo, las contradicciones de sus declaraciones son analizadas y se consideran irrelevantes. No siendo ocioso recordar en este punto lo que dice la STS 585/2020, de 5-11: "La jurisprudencia de esta Sala nunca ha identificado las explicables contradicciones de la víctima con la falta de persistencia. Antes, al contrario, hemos advertido acerca de la importancia de que su testimonio no implique la repetición mimética de una versión que, por su artificial rigidez, puede desprender el aroma del relato prefabricado. No podemos hacer nuestra la línea argumental según la cual, todo lo que se silenció en un primer momento y se hizo explícito en una declaración ulterior, ha de etiquetarse como falso. La experiencia indica que algunos extremos del hecho imputado sólo afloran cuando la víctima es interrogada acerca de ello. La defensa parece exigir a la víctima una rigidez en su testimonio que, de haber existido, sí que podría ser interpretada como una preocupante muestra de fidelidad a una versión elaborada anticipadamente y que se repite de forma mecánica, una y otra vez, con el fin de transmitir al órgano jurisdiccional una sensación de persistencia en la incriminación.

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

3.4.- En definitiva, ha existido prueba de cargo utilizada en la sentencia para condenar -prueba existente-, tal prueba fue traída al proceso con observancia de las normas legales y constitucionales y fue practicada en el plenario con las garantías propia de éste acto solemne -prueba lícita-, y ha de considerarse bastante para justificar en el aspecto fáctico la condena aquí recurrida sobre la forma en que ocurrieron los hechos probados -prueba racionalmente fundada-.

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado y no cabe sino ratificar conclusiones alcanzadas por el tribunal de instancia, que se basó en pruebas periciales y personales válidamente obtenidas y practicadas, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia y a los parámetros de racionalidad y ponderación exigibles, quedando extramuros de la competencia de la Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante una valoración alternativa y subjetiva del recurrente del significado de los elementos de pruebas personales disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho de presunción de inocencia del hoy recurrente, quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas con apoyo en sus propias manifestaciones exculpatorias y en su subjetiva interpretación de las distintas testificales, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.



Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11- "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente" (STS 323/2017 de 4 de mayo).

CUARTO.- El motivo cuarto por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación de la atenuante de reparación del daño prevista en el art. 21.5 CP en relación con el art. 66 CP (como muy cualificada).

Considera que concurren todos los requisitos para apreciar dicha atenuante, dado que requerido el acusado por autos de 13-12-2017 y 25-5-2018, para que presentara fianza, primero de 6.000 € y posteriormente de 2.000 € por cada perjudicado, para asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en el procedimiento (18.000 €), éste realizó personalmente los correspondientes ingresos en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado.

4.1.- El motivo deberá ser desestimado.

En primer lugar, jurisprudencia consolidada de esta Sala -por todas STS 73/2022, de 27-1- ha afirmado que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, o, en su caso, el Tribunal de apelación al conocer del correspondiente recurso. Lo que implica que no puedan formularse ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros que, pudiendo haberlo sido, no fueron suscitados con anterioridad. Lo contrario adentraría a esta Sala en cuestiones sobre las que los tribunales que nos precedieron en el conocimiento del asunto no se pronunciaron, y a decidir sobre ellas por primera vez y no en vía de recurso, lo que desnaturalizaría la casación.

Tradicionalmente se han venido admitiendo dos clases de excepciones a este criterio. En el caso de infracción de preceptos penales sustantivos, cuya subsanación beneficie al reo y pueda ser apreciada sin dificultad en el trámite casacional, porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de la misma conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Y, también, en el caso de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión.

Se trata de excepciones a la regla general que se fueron asentando en un sistema en el que el recurso de casación estaba abocado a suplir una inexistente segunda instancia, que han sido interpretadas con una generosidad no justificada si ha mediado un previo recurso de apelación, como en este caso. Por lo que, una vez generalizada la doble instancia penal, como concluyó la STS 67/2020, de 24 de febrero, que condensó abundante jurisprudencia al respecto, y en el mismo sentido las SSTS 127/2020 de 14 de abril o 260/2020 de 28 de mayo, "en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo". Criterio respaldado por la STS 345/2020 de 25 de junio, del Pleno de esta Sala.

En palabras que tomamos de la STS 84/2018 de 15 de febrero "es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscribe al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano ad quem llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa ex novo y per saltum formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTs 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTs 1256/2002 4 de julio, y 545/2003 15 de abril)".

4.2.- A partir de la doctrina jurisprudencial que acaba de dejarse expuesta, el motivo debió ser inadmitido y por las mismas razones deberá desestimarse ahora. Así, suscita el recurrente ante nosotros una cuestión -la que juzga indebida aplicación del art. 21.5 CP- que, sin impedimento para hacerlo, no formuló ni en la instancia, ni



en su recurso de apelación, sin que hubiese así lugar a que el órgano competente para resolverlo y que, a la postre, dictó la sentencia que se recurre ahora, se pronunciara al respecto.

No siendo ocioso recordar que la doctrina jurisprudencial al respecto, contenida, entre otras, en SSTS 24/2017, de 11-2; 125/2018, de 15-3; 293/2018, de 18-6; 126/2020, de 6-4, viene recordando que el artículo 21.5 del Código Penal dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Con esta previsión, recuerda la STS 345/2013, de 21 de abril, se reconoce eficacia en orden a la disminución de la pena a algunos actos posteriores al **delito**, que por lo tanto no pueden influir en la cantidad de injusto ni en la imputación personal al autor, pero que sin embargo facilitan la protección de la víctima al orientar la conducta de aquél a la reparación o disminución de los daños causados. Pero, aun así, precisa esta resolución, con cita de la STS 1028/2010, de 4 de noviembre, la reparación debe proceder del culpable, aun cuando se admita que la haga efectiva un tercero por encargo de aquel.

La citada STS 1028/2010, indicaba que la jurisprudencia tiene señalado que, en la actual redacción de la atenuante, se prescinde de la existencia del arrepentimiento y que se trata de cumplir una función de reforzar la protección de las víctimas. Aun así, aparece claramente en el Código que la reparación debe proceder del culpable.

En idéntico sentido, la STS 733/2012, de 4 de octubre, señala que debe tratarse de actos personales y voluntarios del responsable del **delito**, o al menos atribuibles al mismo a través de su participación activa, por lo que quedan excluidas las indemnizaciones entregadas o consignadas por las compañías aseguradoras (por ejemplo, STS nº 1787/2000 y STS nº 218/2003) en cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales que les competen. Así, en la STS nº 1006/2006, se señalaba que "Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta "personal del culpable". Ello hace que se excluyan: 1.-los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio 2.-supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado. 3.-conductas impuestas por la Administración. 4.-simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.

La interpretación jurisprudencial de la atenuante de reparación prevista en el art. 21.5 del CP -decíamos en la STS 988/2013, 23 de diciembre-, ha asociado su fundamento material a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del **delito** (SSTS 2068/2001, 7 de diciembre; 2/2007, 16 de enero; 1171/2005, 17 de octubre). Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues dicho art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del **delito** o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, o de la reparación moral, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio; 2/2007, 16 de enero; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras).

Pero también hemos dicho que, para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere -cfr. 868/2009, 20 de julio- que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación -por ejemplo, su elevado importe-, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima.

Hemos sentado el principio de que la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada. Así, en la STS 1156/2010, 28 de diciembre, dijimos que la mera consignación del importe de las indemnizaciones solicitadas por las acusaciones no satisface las exigencias de una actuación *post delictum* para elevar la atenuante ordinaria a la categoría de muy cualificada. Para ello se necesitaría algo más, mucho más, pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a



una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que pretende el recurrente. A esa misma idea se adscriben las SSTs 87/2010, 17 de febrero y 15/2010, 22 de enero, entre otras muchas.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 957/2010, de 2 de noviembre, que el fundamento de la circunstancia de reparación se traduce en una disminución de la pena a imponer y ello, por dos razones: a) Porque es necesario -y justo- ofrecer algún premio a quien está dispuesto a dar una satisfacción a la víctima del **delito**, reparando las consecuencias civiles de su acción. Ciertamente todo **delito** en cuanto supone una violación de las reglas que permiten la convivencia y libertad de la sociedad, supone que la propia sociedad queda victimizada con cualquier **delito**, y a ello responde la necesidad de la pena como reparación del daño causado, pero no hay que olvidar, que junto con esa víctima mediata y general, sin rostro, que es la comunidad, existe una víctima concreta, corporal y con rostro que es la que recibe la acción delictiva, pues bien parece obvio que cualquier acto del responsable del **delito** tendente a dar una reparación a la víctima debe tener una recepción positiva en el sistema de justicia penal, porque admitiendo el protagonismo de la víctima en el proceso penal, hay que reconocer que tiene relevancia el acto de reparación que haya podido efectuar el causante de la lesión, porque se satisfacen y se reparan los derechos de la víctima dañados por el agresor. b) Porque qué duda cabe que el acto del responsable del **delito** de reparar el perjuicio causado de forma voluntaria, puede tener el valor de un dato significativo de una regeneración y consiguiente disminución de su peligrosidad en el futuro.

Se añade en esa Sentencia que la actual atenuante de reparación está llamada a desempeñar un importante juego en el sistema de justicia penal una vez que se ha despojado en el vigente Código Penal de dos requisitos que limitaban mucho su efectividad. El primero hacía referencia a un fundamento espiritualista: que la reparación lo fuera como expresión de un arrepentimiento espontáneo, lo que obligaba a los Tribunales a indagar en el proceloso mundo de las intenciones del autor del hecho delictivo, y, paralelamente, a escenificar un "arrepentimiento" si se quería uno beneficiar de la atenuante. Con un criterio más objetivo, más laico si se quiere, lo relevante es el hecho de reparar el daño causado a la víctima, quedando para el fuero interno de cada persona los móviles que pudieran estar en el fondo de la decisión. El segundo hacía referencia a un requisito temporal que carecía de todo fundamento: se exigía que la reparación fuera "...antes de conocer la apertura del procedimiento judicial...". Actualmente se admite que la reparación sea "...en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral...", límite no caprichoso sino justificado porque después del juicio, ya no cabrá la aplicación de la atenuante, aunque pudiera tener algún efecto en la ejecución de las penas.

Recapitulando nuestra doctrina jurisprudencial, tiene establecida una doctrina que resume la sentencia 239/2010, de 24 de marzo, que a su vez se remite a otras resoluciones anteriores (SSTs 225/2003 de 28-2; 1517/2003, de 28-11; 701/2004, de 6-5; 809/2007, de 11-10; 78/2009, de 11-2; 1238/2009, de 11-12), doctrina que se condensa en los siguientes párrafos:

"...la reparación del daño causado por el **delito** o la disminución de sus efectos se contemplaba en el C.P. anterior en el ámbito de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, configurándose en el C.P. de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del **delito**.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el **delito** o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución o de la indemnización de



perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Ahora bien, la consistente en la reparación del daño moral en ciertos **delitos** (libertad sexual, honor o dignidad, entre otros), ofrece los contornos que se recogen en la STS 1112/2007 de 27 de diciembre.

Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS. 285/2003, de 28-2, entre otras muchas posteriores) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayudas a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad.

La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio). De forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril)".

Y en lo que se refiere a su aplicación como atenuante muy cualificada, tiene dicho esta Sala que si de modo sistemático la reparación total se considerara como atenuante muy cualificada se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que se pretende (STS 1156/2010, de 28-12). Y también se ha argumentado que para la especial cualificación de esta circunstancia se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.), y del contexto global en que la acción se lleve a cabo (STS 868/2009, de 20-7). Si bien se ha matizado que no es determinante la capacidad económica del sujeto reparador, aunque sea un dato a tener en cuenta, porque las personas insolventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio, a pesar de la nula o escasa repercusión de su voluntad reparadora en los intereses lesionados de la víctima (STS 20-10-2006).

En todo caso, siempre que se opere con la atenuante muy cualificada ha de concurrir un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (SSTS 50/2008, de 29-1; y 868/2009, de 20-7).

Bien entendido que si en una interpretación estricta del precepto pareciera que la reparación del daño como atenuación sólo debería operar en general en los **delitos** en los que el bien jurídico protegido sufre un perjuicio indemnizable, por lo que su ámbito propio de aplicación serían los **delitos** patrimoniales. Sin embargo, ningún condicionamiento se establece para aquellos casos en que siendo de naturaleza estrictamente personal, no patrimonial, el bien jurídico protegido por el **delito**, bien de forma directa o bien indirectamente, se señalan indemnizaciones por daños de carácter moral, no para reparar, sino para que en alguna medida compensar el daño producido por la infracción criminal, aceptándose la ficción jurídica basada en razones de política criminal de incentivar la actuación post delictiva del acusado para compensar de algún modo a la víctima, aunque en muchas ocasiones el daño sea, en su globalidad, irreparable, atendándose para ello a las indemnizaciones dinerarias reclamadas o fijadas por el Juez o Tribunal sentenciador.

4.3.- Expuesto lo anterior, esta Sala tiene declarado que si el acusado se limitó a prestar la fianza que se le exigió en el auto de apertura del juicio oral, hizo una consignación ex lege a requerimiento judicial (STS 556/2002, de 20-3).

El abono de la cantidad exigida como fianza para el aseguramiento de las responsabilidades civiles no puede ser considerado como entrega pura y simplemente dirigida a satisfacer las consecuencias perjudiciales del **delito**, como modo de reparar, en la medida de lo posible, el daño ocasionado a la víctima (SSTS 1155/2004, de 6-4; 948/2005, de 19-7; 1238/2009, de 12-12). Insistiéndose en que el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el auto de procesamiento (o apertura del juicio) en lo afectante a las responsabilidades civiles del **delito**, no supone la realización de los hechos de singular relevancia que permiten la aplicación de la atenuación de reparación prevista en el art. 21.5 CP (SSTS 1165/2003, de 18-9; 335/2005, de 15-3; 629/2008, de 10-10).

No puede confundirse la atenuante de reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos, con el hecho de satisfacer la cantidad requerida judicialmente para asegurar las responsabilidades pecuniarias que, en caso de no prestarse voluntariamente, se procedería al embargo de bienes del acusado (STS 1494/2003, de 10-11).



En definitiva, esta Sala ha rechazado considerar incluida entre las conductas que dan lugar a la apreciación de la atenuación la mera prestación de la fianza exigida por el Juez, en el auto de procesamiento, en el auto de apertura del juicio oral o en cualquier estado de la tramitación, pues una cosa es afianzar el cumplimiento de lo ordenado por la ley procesal para asegurar las responsabilidades de contenido económico que pudieran derivarse de un proceso penal, y otra bien distinta entregar dinero a la víctima en concepto de indemnización antes de la celebración del juicio oral (STS 935/2008, de 26-12).

QUINTO.- El motivo quinto por infracción del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 181.1 y 5 en relación con el art. 180.1.3 CP al no concurrir las circunstancias reguladas en dicho precepto para apreciar la agravante específica de prevalimiento.

Considera el motivo que todas las conductas referenciadas en relación a los menores Aquilino , Patricio , Luis Francisco y Desiderio , se ha apreciado por el Tribunal la agravante de prevalimiento, que según doctrina y jurisprudencia exige, no solo la existencia de una situación de superioridad -que el Tribunal parece presumirse por la condición que ostentaba el acusado de formador de los seminaristas- sino que ésta sea manifiesta, es decir, evidente y clara, que pueda percibir objetivamente y no solo de forma subjetiva por una de las partes y además que haya coartado la libertad de la víctima, no bastando con que concurra la situación de superioridad.

Y es preciso también que el sujeto activo perciba y sea consciente de la situación de superioridad que ejerce sobre la víctima y además que de ella se derive la coerción sobre la libertad del sujeto pasivo.

5.1.- El motivo debería ser desestimado.

Este Tribunal (STS 188/2019, de 9-4) se ha pronunciado sobre el prevalimiento en el sentido de que requiere una nota positiva como aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que prácticamente exista una situación de superioridad y que esta sea evidente y por tanto eficaz porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima, y como nota negativa, que lo separa de la intimidación no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento (ni mucho menos violento).

En definitiva, el prevalimiento en relación a este tipo de **delitos** existe siempre que exista ese abuso de superioridad del agente que de hecho limita la capacidad de decisión del sujeto pasivo que consiente viciadamente y acepta una relación o contacto sexual que no quiere.

Es patente la situación fronteriza con la intimidación sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse. El enjuiciamiento es siempre una actividad individualizada.

En el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima, hay siempre una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación, por el miedo que le provoca la actitud del agente. En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada.

También una definición similar del prevalimiento la encontramos en la STS 166/2019, de 28-3, al afirmar que: "El prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima. En relación a los **delitos** contra la libertad sexual, de manera reiterada esta Sala ha dicho (entre otras SSTS 1165/2003, de 18-9; 935/2005, de 15-7; 785/2007, de 3-10; 708/2012, de 25-9; 957/2013, de 17-12; y 834/2014, de 10-12) que el prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuestos de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta. De esta forma, la especial situación de la víctima debe tomarse en consideración para valorar la existencia de la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento."

El prevalimiento típico exige una relación de superioridad del sujeto activo que debe ser aprovechada por el primero para la realización del acto atentatorio a la libertad sexual. En tanto que el primero puede ser constatado de forma objetiva, el segundo, el aprovechamiento de la situación, ha de ser inferido de forma racional por el órgano jurisdiccional y debe expresarlo en la sentencia (SSTS 344/2019, de 4-7; 187/2020, de 20-5).

5.2.- No otra cosa sucede en el caso presente, la sentencia recurrida, fundamento de derecho undécimo, en cuanto a la calificación de los hechos por el tipo agravado de la vulnerabilidad de la víctima del art.



181.1 y 5 en relación con el art. 180.1.3, razona: "Que la minoría de edad por sí sola no justifica la especial vulnerabilidad de la víctima a efectos del tipo agravado del art. 180.1.3 CP, sino que tiene que haber otros elementos circunstanciales que pongan de manifiesto la especial debilidad, fragilidad o desvalimiento de la víctima para considerarla como especialmente vulnerable y, en consecuencia, resultar más fácil y seguro la ejecución del hecho; y, cuando la edad sea el motivo determinante de la especial vulnerabilidad no puede ser al mismo tiempo el factor que determina la falta de consentimiento necesario para la existencia del **delito** de abuso sexual básico, por cuanto que en tal caso se estaría vulnerando la prohibición de la doble incriminación.

La condición de tutor de los menores del acusado hace penológicamente indiferente la posible estimación del motivo, pues, aunque no se apreciara el subtipo agravado de prevalimiento, se aplicaría la regla del art. 192.2 del CP; resultando con ello la misma pena, imponiéndose la prevista para el tipo básico en su mitad superior. Al tutelarse en ambos casos diversas modalidades del mismo bien jurídico, agravada por un mismo fundamento, y resultar condenados con la misma pena, en estos supuestos, deviene irrelevante la calificación.

En cualquier caso, la sentencia apelada justifica sobradamente la concurrencia del prevalimiento en el abuso a menores de edad mayores de 13 años en el FD 3º. aprovechamiento de la posición de formador del acusado, con todo lo que implica; edad de las víctimas, en el límite mínimo; y, finalmente el escenario dónde se desarrollan los hechos, en régimen de internado y con un estilo de vida minuciosamente regulado. Todo ello determina la existencia de una vulnerabilidad emocional en los menores que el formador, usando de su autoridad inherente al cargo que desempeñaba aprovechó para perpetrar los **delitos**, consiguiendo el viciado consentimiento de los menores. El aprovechamiento de esta situación es indisociable de la consideración de las víctimas como vulnerables: el prevalimiento existe porque el autor es el formador de los menores, su tutor; y los menores que tienen menos de los 16 años que fijaba la edad de consentimiento sexual y están próximos a los 13, están internos en el seminario, en un ambiente determinado y sometidos a una disciplina concreta."

Razonamiento adecuado. La sentencia valora el aprovechamiento de la posición de formador en el seminario del acusado con todo lo que ello comporta. La edad de los menores próxima a los 13 años y la circunstancia de estar todos internos en el seminario, sometidos a un ambiente de disciplina.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

SEXTO.- El motivo sexto por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de los arts. 50.5 y 52.2 y 3 CP en la imposición de las penas de multa.

Argumenta que la Sala de instancia no ha valorado la situación, ni las circunstancias económicas del acusado al establecer la cuantía de las penas de multa, sino que tan solo parece haber atendido para su fijación a la gravedad de los hechos y la existencia de pluralidad de víctimas, toda vez que la sentencia no hace referencia alguna a circunstancias económicas del recurrente que evidencien que la pena de multa ha sido fijada de manera justificada y razonable.

El motivo se desestima.

6.1.- En primer lugar debemos recordar lo ya expuesto en el motivo cuarto en el sentido de que no pueden ser objeto de denuncia en casación, cuestiones ajenas a lo debatido en apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación queda delimitado 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 (STS 41/2009, de 30-1), y en el caso que nos ocupa, el recurrente no alegó en la apelación la queja que ahora articula en casación.

6.2.- En segundo lugar, respecto a la cuantía de la multa, la sentencia de instancia, después de optar entre la pena privativa de libertad (uno a tres años prisión) y la pena de multa (18 a 24 meses) que como alternativas prevé el art. 181.1 CP, e inclinarse por esta última, considera adecuada la de multa con cuota diaria de 12 €, con cita de la STS 7-7-1999, que: "el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo...", so pena de convertir la pena de multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales."

Razonamiento conforme con la más actual jurisprudencia (vid. SSTS 712/2021, de 22-9; 146/2022, de 17-2), consciente de la frecuente penuria de datos en las causas, en evitación de que resulte inaplicable el art.



50.5 del CP, ha ensayado una interpretación flexible del precepto, de tal modo que la fijación de la multa podrá fundamentarse (SSTS 125/2009, de 2-12; 774/2013, de 21-10) en los siguiente extremos: a) la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil; b) alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil o de la vivienda que ocupa, por ejemplo); c) cuando menos, algún dato que el juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación en juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto; d) en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal ad quem vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, siempre que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos (SSTS 232/2014, de 25-3; 434/2014, de 3-6; 441/2014, de 5-6; 318/2016, de 15-4; 407/2020, de 20-7).

No podemos olvidar en este sentido que si bien algunas resoluciones de esta Sala se muestran radicalmente exigentes en otros aspectos, aplicando sin paliativos, la cuantía mínima legal de la cuota diaria, en ausencia de investigación sobre la capacidad económica del acusado, otras más recientes por el contrario, admiten que dada la amplitud de los límites cuantitativos previstos en la ley, de dos a 400 euros, y la imposición de una cuota diaria en la "zona baja" de esa previsión, no requiere de expreso fundamento, puesto que una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva.

En efecto, el art. 50.5 CP señala que los tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias "teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. Pero con ello no se requiere significar que los tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que puedan afectar a las disponibilidades económicas del acusado, que resulta imposible y es además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse (SSTS 201/2014, de 14-3; 434/2014, de 3-6; 572/2019, de 25-11).

SÉPTIMO.- El motivo séptimo al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim, por infracción de preceptos constitucionales, en concreto vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con interdicción de toda indefensión en relación con el derecho de defensa (art. 24.1 y 2 CE).

Denuncia que se ha vulnerado el derecho de defensa al no haberse pronunciado el Juzgado de Instrucción nº 1 de Ciudad Real, Diligencias Previas 139/2016, sobre la práctica de diligencias de investigación interesadas en tiempo y forma por la defensa (art. 24.1 y 2 CE).

7.1.- Esta cuestión fue planteada en la apelación, señalando que teniendo interesada como diligencia de instrucción la pericial técnica psicológica, no resultó proveído en cuanto a lo interesado más allá de acordar la instructora la realización de un informe pericial por el equipo psicossocial del Instituto de Medicina Legal de Ciudad Real, sin pronunciarse sobre las alternativas propuestas por la defensa (que aquellos peritos de la defensa pudiesen estar presentes en las exploraciones de los menores, que se procediera a la grabación de las declaraciones de los menores, y que todas las pruebas técnicas se hiciesen en presencia de los órganos de auxilio judicial (Clínica Forense) y/o, en su caso, del Ministerio Fiscal) no dándose oportunidad a la parte de participar a través de peritos por ellas designados en la elaboración de la prueba. Que accedieron al contenido de las grabaciones de las exploraciones de los menores por los peritos forenses una vez dictado el auto de transformación de procedimiento.

La sentencia recurrida, confirmando a su vez lo resuelto por la Audiencia Provincial en la instancia, desestimó la queja del recurrente, destacando: "El hecho de que la mayoría de las víctimas (7) hubieran alcanzado la mayoría de edad al tiempo de celebración del plenario y que depusieran con apercibimiento de incurrir en **delito** de falso testimonio en causa penal relativiza la trascendencia de la queja; pues tratándose de mayores de edad la credibilidad de sus testimonios no está sometido a prueba y se aprecia directamente por el Tribunal sentenciador. Los otros dos ya tenían 17 años de edad. Por otra parte, y como consta en la sentencia apelada al FD 1º, cuyo contenido hacemos propio, no debemos olvidar que la prueba pericial se practica en el acto de juicio y es en ese momento dónde se ofrece a la parte la posibilidad de contradicción, tal como se practicó, por lo que no existe indefensión que determinaría la posible nulidad. Además, consta que la parte, con anterioridad a la celebración del juicio tuvo traslado del soporte grabado de las entrevistas realizadas por los peritos a los menores. Finalmente, no es de menor importancia constatar que, pese a tener propuesta en instrucción la práctica de la prueba pericial por otro perito, solo se interesó la participación de los designados por la parte en las entrevistas a realizar por el equipo forense por escrito de 10 de octubre teniendo en cuenta que las fechas de las entrevistas se fijó el 20 de septiembre para los días 3 a 28 de octubre (f. 250) habiéndose examinado ya a varios menores, entre ellos uno de los dos que seguían siendo menores (Pedro Jesús); siendo que el



propio acusado reconoce, respecto del otro menor (Luis Antonio), la práctica de la llamada prueba confianza, que constituye el hecho penado, por orinar en una maceta y solo discute el ánimo libidinoso de la acción."

El motivo se desestima.

7.2.- Previamente, debemos recordar la doctrina constante 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 6-4; 461/2020, de 17-9; 655/2020, de 3-12; 580/2021, de 1-7) indicando que para apreciar la existencia de una indefensión, con transcendencia de lesión de un derecho fundamental, debe advertirse una efectiva y real privación del derecho de defensa. Es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia, sino que debe constatar 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.

7.3.- En el caso que nos ocupa no puede hablarse de indefensión, desde el momento en que en relación a los informes periciales sobre credibilidad del testimonio de menores, como esta Sala -por todas STS 690/2021, de 15-9-, ha recordado que la psicología del testimonio nos advierte sobre la mayor permeabilidad del testimonio de los menores al influjo de preguntas sugestivas. El menor tiene menos recursos para sustraerse a la tendencia tanto de dar la razón al adulto interrogador cuando percibe gestos de asentimiento o de complacencia con su declaración; como de retractarse cuando percibe que sus respuestas no son del agrado de quien le entrevista. Está muy inclinado a ajustarse a la versión que espera que ofrezca. La técnica de interrogatorio de un menor requiere ciertas habilidades de las que normalmente carecen los profesionales del ámbito forense. Debe primarse la narración libre en los primeros momentos y ser muy escrupulosos para expulsar cualquier atisbo de sugerencia o sobreentendidos. Cuando el primer interrogatorio del menor no se ajusta a los parámetros deseables puede quedar contaminada la prueba: el menor repetirá la versión que ha adquirido a sus ojos el marchamo de versión "oficial", la que satisface las expectativas que el investigador ha depositado en él.

Otra vez encontramos que las motivaciones victimológicas confluyen con otras de naturaleza epistemológica que aconsejan que el interrogatorio sea dirigido o supervisado por un profesional que disponga de esas habilidades en relación al testimonio de menores, habitualmente un psicólogo, o, en su caso, personal investigador con una formación específica.

El entorno de la entrevista es otro factor a tomar en consideración. También aquí confluyen razones victimológicas -propiciar un ambiente amable, alejado de la solemnidad fría de los estrados o de una oficina judicial, y evitar que el menor se vea sometido a la mirada escrutadora y a veces hostil de una multiplicidad de profesionales; con las epistemológicas un ambiente adecuado estimula la espontaneidad del menor, y facilita su expresividad y memoria-

En términos generales el exceso de publicidad se revela como perjudicial para las declaraciones de menores en casos de abuso sexual. Es una evidencia la afirmación de que la protección de la víctima aconseja disminuir



la publicidad a lo estrictamente indispensable, preservando en todo caso los datos de identidad y la imagen del menor.

La valoración del testimonio del menor presenta ciertas peculiaridades respecto de otro tipo de testimonios. Los estudios psicológicos sobre la materia arrojan unas conclusiones y unos cánones y criterios de valoración que no pueden ser despreciados: debe propiciarse la entrada de esos elementos periciales de valoración de la credibilidad del testimonio de menores, mediante peritajes de psicólogos que, sin suplantar la función judicial, coadyuven con la misma. En otro orden de cosas conviene reseñar que las declaraciones de los menores son especialmente aptas para ser objeto de dictámenes sobre credibilidad realizados por especialistas en psicología. Hay que situar esa pericia en su ámbito adecuado y hay que exigir profesionalidad. No cualquier psicólogo está capacitado para ese tipo de prueba, que, por otra parte, nunca puede suplantar el papel del Juzgador. La pericial facilitará pautas para la valoración. Pero decidir si los hechos han sucedido o no, valorar ese testimonio junto con el resto de pruebas, otorgarle o no crédito es función que está residenciada en el juzgador. Este no puede abdicar de esa tarea delegándola en el psicólogo que, por otra parte, si actúa con profesionalidad, no podrá asegurar la verdad o falsedad del testimonio. Tan solo indicará si con arreglo a los sistemas, protocolos y test valorativos convalidados concurren o no indicadores de fiabilidad o falta de fiabilidad.

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 algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 LECrim). Appreciar significa precisamente ponderar el valor de las cosas. Se tendería a subvertir la naturaleza procesal de la prueba pericial, atribuyendo a ésta un alcance prácticamente definitivo. El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional, pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria (...) Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudoponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el



criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar o desplazar la capacidad jurisdiccional para decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado (Cfr. STS 485/2007, 28 de mayo).

Criterio reiterado en la STS 401/2021, de 12-5, que concluyó que "estos informes "se trata de instrumentos de auxilio a la función judicial, que no la sustituyen los dictámenes periciales psicológicos sobre credibilidad de los menores, pueden pronunciarse sobre el estado físico y psicológico del menor antes y después de suceder los hechos, pueden incluso contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por la ciencia y expresar si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad, pero en ningún caso pueden determinar si las declaraciones se ajustan a la realidad, tarea que incumbe exclusivamente al órgano de enjuiciamiento; pero, a sensu contrario, sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas (SSTS 10/2012, de 18 de enero; 381/2014, de 23 de mayo; 517/2016, de 14 de junio; 789/2016, de 20 de enero; y 468/2017, de 22 de junio)".

Incluso, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 592/2017 de 21 Jul. 2017, Rec. 304/2017 se apunta la condena del acusado pese a que el informe pericial concluyera que el relato del menor carecía de calidad narrativa y que no cabía excluir la posible sugestión de otros menores, pues "los informes periciales no vinculan de modo absoluto, al destacar que "Lo que sucede realmente es que los peritos emiten un dictamen psicológico "indeterminado" sobre la credibilidad del menor, es decir, que no puede afirmar ni la credibilidad ni la falta de credibilidad del testimonio cuestionado. Ello no ha impedido, sin embargo, que el Tribunal sentenciador, ponderando el testimonio de la víctima y las demás pruebas testificales que figuran en la causa, llegue a la clara convicción de que el acusado es autor de los hechos objeto de acusación".

Máxime cuando en el caso que nos ocupa las víctimas si bien eran menores cuando los hechos acontecieron, 7 de los 9 eran mayores de edad cuando declararon en el juicio oral -los otros dos tenían 17 años-.

OCTAVO.- El motivo octavo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por vulneración de lo dispuesto en los arts. 3 y 57.1 CP en la imposición de las penas privativas de derechos del art. 48 CP.

Denuncia la improcedencia de la imposición de las penas accesorias previstas en el art. 48 en relación con el art. 57.1 CP impuestas al recurrente respecto de las víctimas Luis Francisco y Pedro Jesús por no estar justificada ni fundamentada su imposición y mantenimiento y resultar desproporcionadas al no haberse tenido en cuenta las circunstancias objetivas, personales y familiares del acusado en su imposición.

8.1.- Como ya hemos indicado en motivos anteriores, el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes en sus escritos de conclusiones, pero no alcanza a cuestiones nuevas, pudiéndose haber planteado temporáneamente, afloran en este tramite casacional, pues ello obligaría a esta Sala a decidir sobre temas que no fueron discutidos en el plenario, ni por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, o habiéndose sometido a la debida contradicción. Es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscribe al examen de errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación pretendida de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes SSTS. 545/2003 de 15.4, 1256/2002 de 4.7 que precisa "Como con razón denuncia el Fiscal, lo suscitado es en este momento una cuestión nueva, no planteada en la instancia. Y es jurisprudencia consolidada de esta sala que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, sin que puedan formularse, ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían al tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral (SSTS de 8 de febrero de 1996 y de 10 de noviembre de 1994).

8.2.- Aunque lo anteriormente expuesto sería suficiente para la improsperabilidad del motivo, la pretensión del recurrente devendría improcedente. El texto del art. 48 CP permite imponer estas clases de penas privativas de derechos en dos supuestos diferentes, cuando nos dice "atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente"; basta esa gravedad o peligrosidad para que el Juez o Tribunal pueda acordar la aplicación del art. 57.1 en relación con el 48 CP, no siendo necesaria la concurrencia conjunta de estos dos supuestos como queda claro ante el uso de la conjunción disyuntiva "o" y no la copulativa "y".

8.3.- En el caso analizado, la sentencia de instancia razonó la imposición de esta "pena accesoria de prohibición de aproximarse a los perjudicados Luis Francisco y Pedro Jesús , al domicilio, centro de estudio o cualquier otro lugar donde se encontrasen aquellos, a una distancia inferior a trescientos metros y, de mantener con ellos cualquier tipo de comunicación por cualquier medio verbal, visual o escrito, por tiempo de 5 años. Medida ésta, pedida por la acusación particular con carácter subsidiario, que se considera más ponderada que el pedimento principal -de prohibición de residencia- y que se adopta al entenderla justificada por la necesidad



de garantizar a las víctimas una vida segura y tranquila. Su adopción se ha limitado exclusivamente a los menores citados por estricta vinculación al principio acusatorio que impide a la Sala hacerla extensiva al resto de víctimas."

Medida que debe entenderse justificada, al ser los hechos graves, no olvidemos que como consecuencia de los hechos ambos menores han resultado con secuelas: Luis Francisco presenta sintomatología ansiosa de carácter leve y residual ante la exposición a estímulos relacionados con los sucesos vividos, y Pedro Jesús , leve sintomatología ansiosa de carácter leve que se traduce en pensamientos intrusivos ocasionales, que aparecen únicamente en relación a estímulos directos.

NOVENO.- 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 **Rosendo** , contra la sentencia nº 24/2020, de fecha 23 de septiembre de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en el Rollo de Apelación nº 15/2020.

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 Castilla La Mancha, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

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

Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde Eduardo de Porres Ortiz de Urbina