



Roj: **STS 679/2022 - ECLI:ES:TS:2022:679**

Id Cendoj: **28079120012022100140**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/02/2022**

Nº de Recurso: **158/2020**

Nº de Resolución: **153/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP T 1689/2019,**
STS 679/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 153/2022

Fecha de sentencia: 22/02/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 158/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda

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

Transcrito por: crc

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 158/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 153/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 22 de febrero de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación 158/2020 interpuesto por Luis Pablo, representado por la procuradora doña Adela Gilsanz Madroño, bajo la dirección letrada de don Gustavo Álvarez Rubio, contra la sentencia dictada el 29 de octubre de 2019 por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, en el Sumario 2/2018, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, así como Teodora y Juan Ramón, en calidad de acusación particular, representados por la procuradora doña María de Villanueva Ferrer, bajo la dirección letrada de Héctor Cabré Plana.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 4 de Tarragona incoó Diligencias Previas 488/2017 por delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años, contra Luis Pablo, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda. Incoado Sumario 2/2018, con fecha 29 de octubre de 2019 dictó sentencia en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **Único:** Se declaran como tales: que el Sr. Luis Pablo, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental con la Sra. Teodora, desde el año 2007 al año 2013. Ambos residieron en la vivienda sita en el término municipal de La Canonja (Tarragona), la cual compartían con la menor Alejandra, hija de la Sra. Teodora, nacida el día NUM000 /2003 y el hijo común, Cecilio, nacido el NUM000 /2008. Durante el periodo 2008 y 2013, cuando Alejandra contaba entre 5 y 10 años, el acusado, en numerosas ocasiones, guiado por un ánimo libidinoso, realizó tocamientos por distintas partes del cuerpo de Alejandra, incluida su zona genital y en algunas ocasiones le introdujo los dedos dentro de la vagina. Cuando le introducía los dedos normalmente le hacía daño. Tales hechos se produjeron casi siempre en el domicilio familiar, o bien por la noche cuando se iban a la cama o bien durante el día cuando la Sra. Teodora no estaba en el domicilio. Concretamente en una ocasión, durante dicho periodo, la menor Alejandra estaba en la cama de matrimonio con su madre, con su hermano pequeño Cecilio y con el Sr. Luis Pablo, cuando este último, aprovechando que la Sra. Teodora y Cecilio dormían, y que aquel se encontraba echado justo detrás de la menor, comenzó a tocarse los genitales y le dijo a la menor si quería que le hiciese un masaje. Seguidamente hizo un masaje a la menor por la espalda, que continuó por las piernas y finalmente le metió los dedos en la vagina, además de tocarle el trasero. En otra ocasión, también dentro de ese periodo, el acusado se metió en la cama de Alejandra cuando ésta dormía y, tras despertarla y destaparla, le dijo si quería que le hiciera masaje, para a continuación tocarle la espalda, la entrepierna, su zona genital y meterle los dedos en la vagina, mientras le decía "¿te gusta?". Hechos como los descritos se repitieron en numerosas ocasiones a lo largo del periodo referido, unas 2 ó 3 veces por semana, si bien, solamente en algunas de ellas hubo introducción de dedos en la vagina. En otra ocasión, dentro de dicho periodo, la menor estaba durmiendo en el sofá del comedor y cuando se despertó vio a su lado al acusado, quien se encontraba desnudo y masturbándose mientras veía una película pornográfica. En otras ocasiones el acusado se paseó desnudo por la casa en presencia de la menor. Otras veces el acusado le tocó los pechos y el trasero a Alejandra por encima de la ropa. La menor consideraba que esos hechos eran "raros", si bien, a pesar de que no eran de su agrado, llegó a acostumbrarse a los mismos. La menor no le decía que "no" al acusado para que no se disgustase, aunque le indicaba que le hiciera los masajes "más arriba" (por la espalda). La menor Alejandra consideraba al acusado como a un padre. En el año 2013 la Sra. Teodora y el acusado se separaron. Desde entonces se produjeron rozamientos del acusado sobre la menor, al menos en dos ocasiones, sobre las zonas genitales por encima de la ropa. La menor no contó los hechos a nadie, hasta que en el año 2017 se los contó a su prima y a su amiga L.C.N y, por indicación de ésta, se los contó a su madre y después a su padre. En la actualidad la menor se encuentra en tratamiento psicológico. No se ha emitido un informe psicológico que evalúe el nivel de afectación de la menor como consecuencia de los hechos descritos."

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

" FALLAMOS

Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** al Sr. Luis Pablo, como autor penalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años, previsto y penado en los artículos 183.1.3.4.d) y 74 del Código Penal, con la concurrencia de una circunstancia atenuante del artículo 21.5 del Código Penal, a las penas de: OCHO AÑOS DE PRISIÓN, a la INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, a la PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE POR CUALQUIER MEDIO O DE ACERCARSE A Alejandra. A UNA DISTANCIA INFERIOR DE 200 METROS, O A SU DOMICILIO, O SU CENTRO



EDUCATIVO O SU FUTURO LUGAR DE TRABAJO, DURANTE UN PERIODO DE DIEZ AÑOS y, una vez cumplidas tales penas, a la medida de LIBERTAD VIGILADA DURANTE UN PERIODO DE CINCO AÑOS CONSISTENTE EN COMUNICAR A ESTE TRIBUNAL CADA CAMBIO DE LUGAR DE RESIDENCIA O TRABAJO Y LA OBLIGACIÓN DE PARTICIPAR EN UN PROGRAMA DE EDUCACIÓN SEXUAL, debiendo indemnizar a Alejandra , a través de su madre Teodora , en la cantidad de 30.000 euros y debiendo satisfacer las costas de este proceso, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, al Ministerio Fiscal y al penado, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Luis Pablo , anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso formalizado por Luis Pablo se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley del artículo 849.1 por vulneración de norma penal sustantiva e infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho constitucional a un procedimiento con las debidas garantías ex artículo 24 de la Constitución Española.

Segundo.- Por infracción de ley del artículo 849.1 por vulneración de norma penal sustantiva e infracción e indebida aplicación del artículo 21.5 sobre el atenuante de la reparación del daño.

Tercero.- Por infracción de ley del artículo 849.1 por vulneración de norma penal sustantiva e infracción e indebida aplicación del artículo 21.6 sobre dilaciones indebidas.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 17 de marzo de 2020, y la acusación particular, en escrito de 26 de febrero de 2020 solicitaron la inadmisión e impugnaron de fondo los motivos del recurso e interesaron su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 15 de febrero de 2022 prolongándose hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, en su Procedimiento Ordinario n.º 2/2018, dictó Sentencia el 29 de octubre de 2019, en la que condenó a Luis Pablo como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años, de los artículos 183.1, 183.3 y 183.4 d y 74 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante del artículo 21.5 del Código Penal, a las penas de prisión por tiempo de 8 años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse y comunicarse con Alejandra . (sic) a una distancia inferior de 200 metros, durante un periodo de 10 años, aplicándose la medida de libertad vigilada durante 5 años consistente en comunicar al Tribunal los cambios de lugar de residencia y trabajo, así como la obligación de participar en un programa de educación sexual.

Contra la sentencia se interpone el presente recurso de casación que se estructura alrededor de tres motivos. El primero de ellos se formula por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a un procedimiento con todas las garantías, lo que a su juicio justifica que se declare la nulidad del juicio oral y que se proceda a la revocación de la sentencia. En todo caso, son tres las razones distintas las que le llevan a entender que se ha vulnerado su derecho a un procedimiento con todas las garantías:

A. En primer lugar subraya que, aunque la declaración de la víctima en fase de instrucción se recogió a presencia del letrado de la defensa y en presencia de dos peritos psicólogos, se hizo sin confrontación visual entre la testigo y la defensa, y sin que pudiera preverse que la testifical no fuera a practicarse en el acto del juicio oral. En ese contexto, la defensa pidió la declaración de la testigo para el acto del plenario y denuncia que el Tribunal denegó la contradicción del testimonio sin escuchar si la menor (de 16 años al momento de la celebración del juicio) tenía algún inconveniente en comparecer ante el Tribunal, incluso acordándose la utilización de mecanismos que pudieran evitar cualquier perjuicio a la menor, pero garantizando al mismo tiempo el derecho de contradicción de la representación del acusado.



A.1. Esta Sala ha examinado en numerosas ocasiones (SSTS 598/2015, de 14 de octubre; 840/2016, de 7 de noviembre; o 321/2020, de 17 de junio, entre muchas otras) las dificultades suscitadas por la declaración de los menores de edad en aquellos procedimientos penales en los que tienen la condición de testigos y de víctimas de actos contra su propia indemnidad o libertad sexual.

Existe una doctrina jurisprudencial consolidada que se sintetiza en la necesidad de preservar la integridad psíquica del menor sin perjudicar los derechos de defensa del acusado.

Hasta la nueva regulación introducida en los artículos 448 ter, 703 bis y 707 de la LECRIM por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en vigor desde el 25 de junio de 2021), se venía afirmando que la regla general debía ser el interrogatorio en el juicio oral de los menores de edad, con el fin de que su declaración fuera directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando así su derecho de defensa. Lo que no impedía que la declaración del menor hubiera de practicarse en el juicio con todas las prevenciones necesarias para proteger su incolumidad psíquica. Así el artículo 707 de la LECRIM, en su redacción dada por la LO 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y aún antes por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, disponía que la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo, cuando fuera necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos pudieran derivarse del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de la prueba, incluyendo la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.

Sin embargo, esa misma doctrina (SSTS 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras) también señala que la "imposibilidad" de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluía los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños psicológicos. Lo cual se venía vinculando con la existencia de razones fundadas y explícitas, generalmente contenidas en un informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes.

En esos casos había de actuarse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tenía que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo hubiera sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimaran necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos.

En este sentido, la STS n.º 19/2013, de 9 de enero señalaba que, atendiendo a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia constitucional y de esta Sala que lo interpretaban, no eran ajenos a estas necesidades. A través de los artículos 433, 455, 707, 731 bis, 777.2 y 797.2 de la LECRIM, era posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realizara ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como era legítimo que la exploración se realizara, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizaría cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio.

Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (SSTEDH caso P. S. contra Alemania § 30; caso W. contra Finlandia, § 47; caso D. contra Finlandia, § 44), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral.

En la delimitación precisa de cuáles habían de ser esas precauciones mínimas que debían de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y facilitar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, § 56, en la que señala "... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad



de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior ". Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse.

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

En suma, nuestra jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima fuera un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes de los que son elocuentes muestras las SSTs 96/2009, de 10 de marzo; 593/2012, de 17 de julio; 743/2010, de 17 de junio y ATS 1594/2011, de 13 de octubre).

Doctrina que era resumida por la STS n.º 470/2013, de 5 de junio, en la siguiente forma:

"En los supuestos de menores víctimas de un delito puede estimarse excepcionalmente concurrente una causa legítima que impida su declaración en el juicio oral, y en consecuencia que otorgue validez como prueba de cargo preconstituida a las declaraciones prestadas en fase sumarial con las debidas garantías.

Los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores.

Pero, en estos casos, debe salvaguardarse el derecho de defensa del acusado, sustituyendo la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción, en cuyo desarrollo se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias".

A.2. Esa era la consideración de esta Sala a la fecha del enjuiciamiento que hoy analizamos, esto es, con anterioridad a la reforma de la ley procesal operada por LO 8/2021, que únicamente introdujo una modificación del régimen general de práctica de la prueba testifical para menores de 14 años.

El artículo 449 ter de la LECRIM establece la obligación de la preconstitución probatoria de cualquier testimonio emitido por un menor impúber, siempre, eso sí, con la garantía de que su práctica sea contradictoria, evite la confrontación visual con el investigado y se desarrolle con el apoyo técnico antes expresado.

Se añade que en esos supuestos de preconstitución probatoria de testimonios de menores de 14 años, la declaración del testigo en el juicio oral debe ser excepcional, exigiéndose para ello que una de las partes lo peticione expresamente y que el órgano judicial, en resolución motivada, considere necesaria la declaración (art. 703 bis LECRIM) y concluya que puede causar indefensión para alguna de las partes que la actuación probatoria se desarrolle exclusivamente a partir de la prueba testifical preconstituida.

En cuanto al resto de testimonios de menores de edad, es decir, las declaraciones de menores que cuenten entre los 14 y los 18 años, el testigo está obligado a declarar en el juicio oral, si bien evitando la confrontación visual con el inculpado, reconociéndose por ello la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la Sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesible. Todo ello, sin perjuicio de que el Tribunal apruebe por razones fundadas la sustitución de esta declaración en el plenario, por la reproducción de la grabación audiovisual del testimonio recogido como prueba preconstituida durante la instrucción (arts. 703 bis y 730.2 LECRIM).



A.3. Lo expuesto conduce a la desestimación del alegato.

Contextualizado el análisis de la cuestión a la que era la regulación normativa de la testifical de la menor en el momento en el que se abordó el enjuiciamiento (octubre de 2019), así como a la interpretación jurisprudencial anteriormente plasmada, ni puede apreciarse que la decisión del Tribunal generara a la defensa la indefensión constitucional que se aduce, ni puede tacharse de injustificada la decisión de reproducir en el acto del plenario el testimonio que se había preconstituido en la fase de instrucción.

Debe destacarse que la declaración testifical de la víctima fue reclamada como medio probatorio por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular por ella misma ejercida, solicitándose expresamente que se practicara mediante el visionado de la prueba preconstituida en fase de instrucción.

El pedimento no sólo fue incidentalmente aceptado por la defensa, que en su escrito de conclusiones provisionales se limitó a reflejar que proponía "testifical de los testigos interesados por el Ministerio Fiscal y acusación particular en su escrito de calificación", sino que suscitó que el Tribunal de enjuiciamiento acordara dar traslado al Equipo Técnico " *para que informe sobre la conveniencia o no de que aquella [la menor Alejandra] declare en el acto del juicio*", habiéndose informado que, en consideración a que podía resultar perjudicial para la menor el impacto emocional derivado de una nueva declaración, recomendaban que fuera preservada de esta duplicidad de testimonio a fin de evitar los efectos de la victimización secundaria, lo que acordó el Tribunal en Providencia de 29 de enero de 2019.

La decisión del Tribunal no sólo encontró respaldo en este dictamen pericial específico al que se ha hecho referencia, sino en la consideración de que la testigo tenía entonces la corta edad de 15 años, presentaba también la particularidad victimológica de que su testimonio de cargo se proyectaba sobre quien había sido el compañero sentimental de su madre y era además el padre natural de un hermano de 10 años, además de haberse reflejado en el informe pericial que se emitió con ocasión de la declaración testifical preconstituida que la menor se había emocionado y que se había desmoronado su entereza cuando recordó los hechos.

De ese modo, la reiteración de una declaración presencial quedaba claramente desaconsejada por el impacto de la victimización secundaria, sin que se apreciaran de adverso circunstancias defensivas que justificaran su presencia, no sólo porque la representación del acusado no se opuso en su escrito de conclusiones provisionales a la utilización de la prueba preconstituida que reclamaron expresamente las acusaciones, sino porque estuvo también presente en la práctica de la prueba en sede de instrucción (advirtiendo con ello la posibilidad de que la declaración operara como prueba testifical para el acto del plenario en los términos fijados entonces en el art. 730 LECRIM), sin que hubiera reclamado ninguna aclaración o puntualización del testimonio durante su práctica o con posterioridad.

B. En segundo término, el recurrente denuncia el quebranto de su derecho a un procedimiento con todas las garantías por habersele limitado la prueba en fase del plenario, concretamente porque únicamente compareció a prestar dictamen pericial uno de los dos peritos que habían adelantado el informe.

B.1. Sobre el número de peritos necesarios para que un informe pericial pueda ser tenido en cuenta y valorado por el Tribunal, tiene declarado la jurisprudencia que no es una cuestión que pueda alcanzar rango constitucional.

Si bien es cierto que el artículo 459 de la LECRIM. dispone que durante el sumario todo reconocimiento pericial se hará por dos peritos, la infracción de esta disposición no determina la prohibición de valoración de la prueba pericial realizada por un único perito, dado que la duplicidad de informes no tiene carácter esencial. Esta conclusión deriva del propio texto del artículo 459 de la LECRIM, que exceptúa la exigencia en el caso en que no hubiese más de uno en el lugar y no fuere posible esperar la llegada de otro sin graves inconvenientes para el curso del sumario. Y, en la misma línea, en el procedimiento abreviado, el artículo 778 de la LECRIM contempla la actuación de un solo perito cuando el Juez lo considere suficiente, sin que ello pueda afectar lógicamente a los derechos del acusado a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a disponer de las pruebas pertinentes para su defensa (art. 24 C.E.), por cuanto, desde el punto de vista de las garantías constitucionales, el procedimiento abreviado no puede contener ninguna restricción respecto de las exigibles, con carácter general, en el procedimiento ordinario (SSTS 663/2007, de 12 de julio o 161/2004, de 9 de febrero, entre otras).

B.2. Pero es que, además, en el presente supuesto sí se realizó la prueba pericial en fase de instrucción por dos peritos, siendo únicamente uno de ellos el que compareció en el acto del plenario y sostuvo la validez de las conclusiones reflejadas en el dictamen, aportando cuantas aclaraciones solicitaron las partes, existiendo una reiterada doctrina de esta Sala en la que proclamamos que los informes periciales emitidos por centros oficiales cumplen holgadamente el requisito de la duplicidad de peritos exigidos por el mencionado artículo 459 de la LECRIM, pues en tales organismos el trabajo se desarrolla en equipo por los diversos funcionarios



que allí lo realizan y se hace con observancia de unos procedimientos debidamente homologados que son garantía de la fiabilidad de los correspondientes resultados (STS 1421/2001, de 16 de julio, entre otras).

C. Por último, se denuncia el quebranto del derecho a un proceso con todas las garantías por haberse recibido declaración como testigo a una menor (amiga de la denunciante) que acudió al plenario sin la representación de sus padres.

Puesto que no puede reconocerse al acusado una legitimación para defender los derechos que a la testigo puedan corresponder, la cuestión queda limitada a si la circunstancia que aduce restringió sus opciones de defensa o quebrantó de alguna manera su derecho al debido proceso en la obtención de la prueba. La testifical de menores está expresamente recogida en nuestra regulación procesal y no se denuncia ningún quebranto de los principios de inmediación y contradicción en su práctica.

Las distintas alegaciones contenidas en este primer motivo deben ser desestimadas.

SEGUNDO.- 2.1. El segundo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por inaplicación como muy cualificada de la atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal.

Apreciada en la sentencia de instancia la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal, el recurrente solicita que se reconozca esta circunstancia como muy cualificada y que se proyecte tal consideración en la individualización de la pena. Aduce que el Ministerio Fiscal, en su escrito de calificación provisional, había solicitado 10.000 euros de indemnización para la víctima y que fue esa la cantidad que el acusado consignó con un gran esfuerzo económico, por lo que considera que es merecedor de la apreciación de la atenuante como muy cualificada, más aún cuando la responsabilidad civil de 30.000 euros que solicitó la acusación particular y que acordó la sentencia de instancia, carece de ningún sustento pericial.

2.2. La atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal está fundada en razones objetivas de política criminal, respondiendo al objetivo de favorecer conductas que sirvan para reparar el daño causado a la víctima o, al menos, disminuirlo, por considerarse que la protección de los intereses de las víctimas resulta de gran importancia para toda la comunidad (SSTS 536/2006, de 3 de mayo, 809/2007, de 11 de octubre o 50/2008, de 29 de enero). Como ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS 285/2003, de 28 de febrero, entre otras muchas posteriores) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, logrando que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución de los perjuicios de toda índole que la acción delictiva haya ocasionado. De ese modo, el comportamiento que se privilegia es la realización de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida y se compensa de alguna forma la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril).

La atenuante precisa de una actuación objetiva y personal del acusado, normalmente consistente en el resarcimiento o en la minoración de los perjuicios materiales derivados de la acción que se enjuicia, que coloca al perjudicado en mejor situación que aquella a la que estaba sumido tras el delito, con independencia del cuál sea el resultado imperativo del proceso penal.

2.3. La consignación realizada por el recurrente en este supuesto satisface la finalidad descrita y justifica la apreciación de la atenuante en la instancia, en todo caso, no puede apreciarse concurrente la especial cualificación que se peticiona.

El recurrente se limitó a consignar la responsabilidad civil que fue reclamada por el Ministerio Fiscal. Admitimos que, sea cual sea la aportación dineraria que se realice, difícilmente podrá compensar el daño que se causa a quien es víctima de unos abusos sexuales continuados durante su minoría de edad y en su proceso de formación personal, de modo que resulta difícil medir la entidad de la atenuante de reparación a partir de la cuantía de la suma aportada y de la evanescente satisfacción que pueda llegar a aportar a la víctima. En todo caso, no puede apreciarse una intensa voluntad de remover las consecuencias del delito si no se acredita que el responsable ha asumido un importante nivel de renuncia para realizar la aportación económica que realizó y si, como en este supuesto, la consignación económica se limita a la tercera parte de la reclamación resarcitoria formulada por los representantes legales de la menor y la reclamación por el daño moral resulta ponderada y proporcional a la dura experiencia vital sufrida con el delito y a la persistencia con la que afectará su futuro.

Y esta es la situación apreciable en el presente supuesto. La jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que la obligación de identificar las bases indemnizatorias puede resultar insuperable cuando se trata de la indemnización por daño moral, pues los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, puesto que no es preciso que los daños morales tengan que concretarse con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, sino que pueden surgir de la mera significación espiritual que tiene el delito para la víctima y de la necesidad



de integrarlo en su experiencia vital, sin más parámetro para la evaluación de su alcance -cuando no hay alteraciones médicamente apreciables- que la gravedad de la acción que lesionó al perjudicado, la importancia del bien jurídico protegido y las singulares circunstancias de la víctima.

De conformidad con ello, el Tribunal exterioriza las razones que le han llevado a cuantificar en este caso el importe indemnizatorio en 30.000 euros. Contempla la naturaleza y circunstancias de los hechos, de los que fluye naturalmente la consecuencia de la producción de un daño moral. La tierna edad infantil en la que se produjeron los ataques, el alcance con el que se lesionó su indemnidad sexual, la persistencia y reiteración de los abusos, así como la repercusión que lo acontecido ha tenido para su madurez y para su entorno familiar, permiten constatar que el Tribunal consignó con claridad la significación de los daños morales que justifican el importe económico de la reparación que se fija, los cuales no han sido suficientemente cubiertos por la acción reparatoria del acusado.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 3.1. Su tercer motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente inaplicado el artículo 21.6 del Código Penal, en concreto porque transcurrió un plazo de cinco años entre que los hechos tuvieron lugar y el dictado de la sentencia, siendo que la única diligencia practicada en fase de instrucción fue la declaración de la víctima y el informe realizado por los técnicos del equipo psicológico.

3.2. El artículo 21.6 del CP recoge como circunstancia atenuante, "*La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*".

Conforme con tal literalidad, el legislador exige para su apreciación de la concurrencia de una serie de elementos constitutivos, concretamente: a) que tenga lugar una dilación indebida en el sentido de no justificada; b) que sea extraordinaria, en el sentido de relevante; c) que ocurra durante la tramitación del procedimiento, lo que suscita la duda de la valorabilidad o no de los retrasos en el dictado de la sentencia y, sobre todo, en fase de recurso; d) que esa demora o retraso no sea atribuible al imputado; y e) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio, lo que constituye en último término una especificación concreta de un requisito anterior: que sean indebidas

A la hora de evaluar lo indebido del tiempo empleado en la tramitación, el Tribunal Supremo ha destacado que son dos los aspectos que han de tenerse en cuenta. De un lado, la existencia de un "*plazo razonable*", referido en el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "*derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable*" y, por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concreto que ofrece nuestra Constitución en su artículo 24.2. La Jurisprudencia ha destacado que siendo dos conceptos confluyentes en el propósito de que cualquier persona sometida a proceso pueda obtener un pronunciamiento definitivo de manera rápida, difieren sin embargo en sus parámetros interpretativos, pues las "*dilaciones indebidas*" son una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, en función de la existencia de lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales, mientras que el "*plazo razonable*" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales respecto de otras causas de semejante naturaleza, así como los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 81/2010, de 15 de febrero o 416/2013, de 26 de abril). En todo caso, ambas lesionan el derecho fundamental del acusado -cuando no hayan sido provocadas por él mismo- a que su causa sea conocida y resuelta en un tiempo *prudencial* (STS 1589/2005, de 20 de diciembre), tanto considerando que las circunstancias personales, familiares y sociales del acusado cambian durante procesos temporales singularmente dilatados, por lo que la pena no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y rehabilitación como lo harían en el momento en que la acción evidenció la necesidad de resocialización (STS 1515/2002, de 16 de septiembre), como por infringir la demora un padecimiento natural al acusado que debe computarse en la pena estatal que se imponga, para lograr mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la sanción impuesta y el mal causado por su acción (STS 932/2008, de 10 de diciembre).

3.3. En todo caso, entrando ya en el supuesto que analizamos y contrariamente a lo que sostiene el recurso, debe subrayarse que es el momento de la imputación el que permite evaluar el perjuicio que puede derivarse para la persona sometida a proceso por la demora injustificada respecto de lo que sería un funcionamiento normal de la Justicia, nunca el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y la culminación del proceso que resuelve la responsabilidad que de él puede derivarse. Decíamos en nuestra Sentencia 867/2015, de 10 de diciembre, que "*Es la imputación y no el inicio de la causa judicial la que marca el dies a quo para el cómputo de unas dilaciones injustificadas (dado que el fundamento de la atenuante enlaza con la doctrina de la pena natural:*



compensar por los perjuicios sufridos por verse sometido a un proceso, perjuicios que solo aparecerán con la imputación). Esa idea está presente en el art. 21.6 de manera explícita (al hablarse del tiempo de tramitación de la causa) o implícita (fundamento de la atenuante). El momento de referencia para medir las dilaciones hay que situarlo en el comienzo del proceso (STEDH de 15 de julio de 1982 (TEDH 1982, 4) o STEDH de 28 de octubre de 2003 (TEDH 2003, 60) caso López Sole y Martín de Vargas c. España). Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno. Tampoco desde el inicio de la investigación hasta que el interesado se ve directamente afectado. El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de imputado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación apud acta, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un exótico derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud [STS 1054/2009, de 30 de septiembre (RJ 2009, 7447)]".

A partir de este modo de computar el tiempo empleado en realizar la totalidad de la investigación, la preparación del juicio y su celebración, debe desestimarse la pretensión del recurrente. De un lado, no se indica en el recurso que hayan existido periodos de paralización en la tramitación de la causa, debiendo destacarse además que tampoco se observa que el tiempo empleado en la tramitación completa del procedimiento resulte desajustado para la naturaleza del mismo y conforme a la experiencia forense.

El procedimiento se ha tramitado con diligencia y en un plazo escasamente superior a los dos años, tiempo aquilatado a las vicisitudes y al objeto del presente proceso, pues no sólo se han seguido los trámites del procedimiento ordinario determinando con ello una mayor extensión de su fase intermedia, sino que se aprecian circunstancias que impusieron la prolongación de su duración, algunas incluso imputables a la parte recurrente. Destaca así la necesidad de obtener dos dictámenes periciales distintos e independientes: el primero ateniendo a la credibilidad del relato de la denunciante, y el segundo orientado a determinar si podía derivarse un perjuicio para la víctima si prestaba su testimonio en el juicio oral con sujeción a las reglas estrictas de la inmediación. En cuanto a las demoras atribuibles a la propia defensa, el propio Tribunal de instancia subraya que el primer señalamiento para la celebración del juicio oral hubo de dejarse sin efecto por petición del acusado, con la particularidad de que la petición se cursó la víspera de la fecha inicialmente prevista y que eso determinó que la nueva vista se demorara prácticamente dos meses más.

El motivo se desestima.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Luis Pablo , contra la sentencia dictada el 29 de octubre de 2019, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, en el Sumario 2/2018, con imposición al recurrente del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián