



Roj: **STS 4332/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4332**

Id Cendoj: **28079120012020100714**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2020**

Nº de Recurso: **10434/2020**

Nº de Resolución: **700/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. NUM000

Fecha de sentencia: 16/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10434/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/12/2020

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

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: IGA

Nota: ATENCION: NO SE PUEDE ENTREGAR COPIA DE LA PRESENTE SENTENCIA SIN LA PREVIA OCULTACIÓN DE AQUELLOS DATOS QUE PERMITAN SU IDENTIFICACIÓN (NOMBRE, APELLIDOS, FECHA DE NACIMIENTO, NÚMERO DE RECURSO DEL T.S., NÚMERO DE RECURSOS DE ORIGEN, LUGAR DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS).

Abuso sexual de menor. Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10434/2020 P

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. NUM000

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar



D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 16 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10.434/2020-P interpuesto por el acusado **Bernardino**, representado por la procuradora D^a. Alicia Hernández Villa, bajo la dirección letrada de D. Esteban Hernández Thiel, y por el responsable civil subsidiario **SYSTEM SA BRITISH EDUCATION** representado por la procuradora D^a. Raquel Montes Montalvo, bajo la dirección letrada de D. Juan Ignacio Ortiz de Urbina Feito contra Sentencia de fecha 18 de junio de 2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001 en el Recurso de Apelación nº 53/2020 por un delito de abuso sexual a menor de 16 años.

Han sido partes recurridas como acusación particular Rosalia Y Estela, representadas por la procuradora D^a. María Dolores Fuentes Mullor y defendidas por el letrado D. Leopoldo Marfil Rodríguez.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, el 9 de octubre de 2019, se dictó sentencia nº NUM001 condenatoria a Bernardino como responsable de delito de abuso sexual que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"El acusado, Bernardino, con NIE NUM002, nacido el NUM003 /77, en reino Unido, fue contratado como profesor por British Education System S.L., para impartir clases en el Colegio DIRECCION002, de la localidad almeriense de DIRECCION003, a partir de Agosto de 2014.

En el curso 2015/2016, guiado por un ánimo libidinoso y aprovechando la especial situación de ascendencia y superioridad que le brindada su condición de profesor, el acusado inició con la alumna Estela, nacida el NUM004 /2001, una relación fingidamente amistosa, dándole un trato preferente y logrando que el vínculo con ella se volviera poco a poco más personal e íntimo. Así en torno al mes de Abril, el acusado recibió a Estela en su domicilio, sito en la CALLE000, nº NUM005 de DIRECCION003, donde después de insistir a la menor y a pesar de la inicial reticencia de ésta, la besó en la boca.

La relación tornó más intensa aproximadamente a partir del mes de Mayo de 2016, manteniendo el acusado con la menor numerosas veces relaciones sexuales con penetración vaginal y bucal en la referida vivienda. Esta situación se prolongó hasta el día 13 de Noviembre de 2016, en el que la madre de Estela descubrió lo que ocurría, procediendo seguidamente a denunciar los hechos.

Como consecuencia de la presión a que se vió sometida la menor por los hechos anteriores, la madre de la misma se vió en la necesidad de trasladarla a Alemania, fijando allí la residencia la menor.

La dirección del colegio tuvo noticia, meses después de la contratación del acusado, de que éste habían sido enjuiciado y absuelto en el Reino Unido por abusos sexuales. Asimismo fue informada de que dos profesores habían visto al acusado y a la menor juntos en horario no escolar, concretamente en el supermercado y en la playa. Pese a ello, no adoptó medida alguna hasta que la madre de la menor denunció los hechos, siendo entonces cuando despidió al acusado".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente fallo: "Que CONDENAMOS al acusado, Bernardino, como autor criminalmente responsable de un delito ya definido de abuso sexual de menor de edad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal:

1) A la pena principal de 11 años y 6 meses de prisión.

2) A las penas accesorias siguientes:

- Inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena.

- Prohibición de aproximarse a Estela, a su domicilio, centro de trabajo o lugar frecuentado por la misma, a una distancia no inferior a 500 metros por un periodo 17 años, así como de comunicarse con ella por cualquier medio durante el mismo tiempo.



- Inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad durante 16 años.

3) A la medida de libertad vigilada, a concretar en ejecución de sentencia, durante 10 años.

4) A que abone a Estela, en concepto de indemnización por daño moral, la suma de 50.000 euros más los intereses legales, cantidad de la que responderá con carácter subsidiario la entidad BRITISH EDUCATION SYSTEM, S.L.

5) Al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Le será de abono para el cumplimiento de la condena todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa, de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia".

TERCERO.- Con fecha 18 de junio de 2020, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001, Sección de apelación, dictó sentencia con el siguiente encabezamiento:

"Vistos en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los lltmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente Rollo de apelación nº 53/20 y autos originales de procedimiento ordinario seguidos ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería - Procedimiento Sumario 14/17- procedentes del Juzgado de Instrucción n.º Tres de DIRECCION003, por delito de abuso sexual a menor de 16 años. [...]".

La Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001, en su sentencia de 18 de junio de 2020 contiene el siguiente fallo:

"Que **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bernardino contra la sentencia de la Sección de la Audiencia Provincial de Almería, de fecha 9 de Octubre de 2019, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución.

Que, estimando en parte el recurso de apelación formulado por la entidad "British Education System S.L.", **debemos revocar y revocamos** la misma en lo atinente a la cuantía de la responsabilidad civil, que se fija en VEINTICINCO MIL EUROS, manteniéndose el resto de pronunciamiento de dicha resolución.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de Bernardino y de BRITISH EDUCATION SYSTEM SL, que se tuvieron por anunciadas, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose ambos recursos.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes formalizaron sus recursos alegando los siguientes **motivos de casación**.

1) Motivos de casación alegados por Bernardino :

1.- "Por infracción de Ley, al amparo de los artículos 847,1º y 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la inaplicación de la atenuante muy cualificada del art. 21.7º, en relación con el 183 quater del Código Penal o, alternativamente, la atenuante del artículo 21.1 en relación con el 20.1 también como muy cualificada".

2.- "Por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías al haberse admitido y utilizado para fundamentar la condena pruebas obtenidas de modo ilícito (artículo 24 de la constitución), que habrían sido obtenidas violentando el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (artículo 18 de la Constitución)".

3.- "Por vulneración del derecho de presunción de inocencia reconocido por el art. 24 de la Constitución y del artículo 6,2º del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Ausencia de corroboraciones periféricas salvo la videograbación cuya admisión como prueba ha sido combatida en el anterior motivo de casación y que fue aportada más de dos después de la denuncia sin que conste acreditado que mi mandante esté en dichas imágenes".

4.- "Por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24 de la Constitución) y vulneración del artículo 6,3º-d y 6,1º del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales".



5.- "Por vulneración del derecho a un juez imparcial del art. 24.2 de la Constitución y vulneración del artículo 6, 1º del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y artículo 6,3º letra "d" del citado convenio de roma dada la negativa a formular ciertas preguntas a los testigos".

6.- "Por vulneración del derecho de defensa al no alterar el orden de prueba practicada y a que se sentase el acusado junto a su letrado (artículo 24 de la constitución) y por no serle traducido el desarrollo del juicio oral ni las declaraciones de peritos y testigos que en el mismo declaraban, vulnerándose así el artículo 6, 3º letra "e" del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales".

7.- "Al amparo del artículo 852 de la LECrim, por vulneración del derecho de defensa; a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (artículo 24 de la constitución) y del derecho a guardar silencio y a no contestar a algunas de las preguntas que se le formulen (artículo 520 y concordantes de la LECrim)".

2) Motivos de casación alegados por BRITISH EDUCATION SYSTEM, S.L.:

1.- "Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que la sentencia recurrida infringe el contenido de artículo 120.4º y demás concordantes del código penal y de la jurisprudencia que lo desarrolla en el particular relativo al mantenimiento de la declaración de responsabilidad civil subsidiaria decidida respecto de nuestra representada la entidad BRITISH EDUCATION SYSTEM, sociedad limitada".

2.- "Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la ley de enjuiciamiento criminal por entender que la sentencia recurrida infringe el contenido del artículo 109 y demás concordantes del código penal y de la jurisprudencia que lo desarrolla en el particular relativo al quantum indemnizatorio fijado".

SEXTO- Son partes recurridas en el presente procedimiento como Acusación Particular Rosalia Y Estela , que, por escrito presentado con fecha 9 de octubre de 2020, impugnan los recursos formulados solicitando su inadmisión y subsidiariamente su desestimación íntegra y la expresa condena en costas a las partes recurrentes.

SÉPTIMO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite del recurso y, subsidiariamente, la desestimación de los motivos del mismo, de conformidad con lo expresado en su informe presentado con fecha 13 de octubre de 2020; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 15 de diciembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Consideraciones generales.

1. Interesa la representación procesal del condenado, con invocación de los arts. 882 bis y 893 bis a) LECrim. la celebración de vista, habida cuenta que la pena impuesta a su patrocinado ha sido 11 años y 6 meses de privación de libertad.

No la consideramos necesaria, sin embargo, pues, como venimos diciendo de manera reiterada, "la entidad de la pena no determina por sí sola la obligatoriedad de vista. El tenor del art. 893 bis a) LECrim no hace imperativa su celebración en este supuesto según interpretación tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional: la petición solo es vinculante cuando es compartida por todas las partes (entre otras, ATC 588/1995, de 27 de marzo y SSTS 429/2015, de 9 de julio, 734/2015, de 3 de noviembre y 80/2017, de 10 de febrero)".

En efecto, establece el art. 893 bis a). I LECrim. lo siguiente: "La Sala podrá decidir el fondo del recurso, sin celebración de vista, señalando día para fallo, salvo cuando las partes solicitaran la celebración de aquélla y la duración de la pena impuesta o que pueda imponerse fuese superior a seis años o cuando el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, estime necesaria la vista".

Y no consideramos necesaria la vista, porque, al margen de que no ha sido solicitada por todas las partes, los términos de la impugnación en esta casación no solo están bien definidos, sin necesidad de mayor precisión de lo que consta por escrito, sino que, en buena medida, son reiteración de lo alegado con ocasión del previo recurso de apelación, y a ellos han podido dar cumplida respuesta la acusación particular y el M.F.

2. Cuando del recurso de casación contra sentencias dictadas en segunda instancia se trata, viene recordando este Tribunal que, tras la reforma operada por Ley 41/2015, varió sustancialmente el régimen de este recurso, porque lo que se ha de impugnar es esa sentencia de segunda instancia, esto es, la que resuelve el recurso de apelación, que es frente a la que deberá mostrar su discrepancia quien recurra.



Por esta razón, no debe consistir el recurso de casación en una reiteración del contenido del previo recurso de apelación, porque esto supone convertir la casación en una nueva apelación, ni tampoco en plantear cuestiones nuevas no introducidas en la apelación, porque, al no haber sido discutidas con ocasión de esta, se trata de cuestiones ya consentidas.

El recurso de casación ha de entablar, pues, un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia, pero lo que no es correcto es reproducir en casación lo ya desestimado en la apelación, por cuanto que esos mismos argumentos ya ha habrán sido objeto de estudio con ocasión del primer recurso y tenido respuesta en él, lo que no quita para que se deba ignorar la primera sentencia.

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

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

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en esa primera fiscalización realizada en la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida por el Tribunal Superior de Justicia, si acaso con alguna adición o glosa. Pero en la medida en que no se introduce argumentación novedosa, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados esos argumentos que se presentan de nuevo".

Por lo demás, en lo que concierne al control casacional cuando se cuestiona el derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida esa doble instancia, el juicio de revisión de este Tribunal se ha de centrar en el examen de racionalidad sobre la motivación de la sentencia de apelación, relativo a la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba.

3. Como hemos avanzado, en el caso del presente recurso estamos ante una reproducción, en muchos casos, literal de los motivos, con sus correspondientes argumentaciones, que encontramos en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada por la Audiencia Provincial de Almería, y abordados en la suya por el TSJA al resolver dicha apelación, con la circunstancia añadida de que son dos sentencias de un nivel técnico más que aceptable, con lo cual el presente recurso de casación incurre en ese defecto de haberse convertido en una nueva apelación, que, como decíamos, es en lo que no se debe convertir, pero que, a la vez, facilita nuestra labor de control casacional, que pasamos a desplegar en los siguientes razonamientos, ajustándonos a las pautas que también hemos apuntado más arriba.

No obstante, alguna consideración se hará, en la medida que vayamos encontrando cuestiones que, aunque con invocación de otros motivos, encierran una queja sobre la valoración de la prueba que ha llevado a la condena, si bien, al ser desde el punto de vista de ese control casacional al que venimos refiriéndonos, nos centraremos en el análisis de su racionalidad, esto es, en su estructura racional, y si ello nos lleva determinar que hay prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, que sí consideramos que la hay; y, para decir esto, simplemente, apuntaremos los elementos básicos que nos llevan a ello.

Dicho de otro modo, cuando se pone en cuestión el derecho a la presunción de inocencia, como se dice en la STS 819/2015, de 22 de diciembre, "nos lleva a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba (SSTS 25/2008 y 128/2008)". Es decir, en el juicio de revisión que nos corresponde, lo que se trata es de controlar si la sentencia recurrida



adolesce de defectos de lógica o se aparta del contenido esencial de las máximas de experiencia o incurre en arbitrariedad, que es lo que pasamos a verificar, bien entendido que donde nos hemos de centrar es en los elementos que han servido para construir en relato fáctico subsumible en el delito por el que se condena.

SEGUNDO.- Recurso de casación presentado por la representación procesal del condenado penal: Bernardino .

2.1.- Motivos de casación que tienen lugar con invocadas vulneraciones de derechos constitucionales.

No seguiremos el orden con que enumera sus motivos esta parte, sino que lo haremos por el que consideramos que tendrá mejor comprensión nuestra respuesta, pero siempre sin dejar de atender a la voluntad impugnativa del recurrente.

2.1.1.- Motivo de casación (enumerado como quinto): "Por vulneración del derecho a un juez imparcial del art. 24.2 de la Constitución y vulneración del artículo 6,1 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y artículo 6,3º letra "d" del citado convenio de roma dada la negativa a formular ciertas preguntas a testigos".

Es este motivo reproducción del que se alegó en quinto lugar de los del recurso de apelación, que ya obtuvo debida y correcta respuesta en la primera sentencia, y también en la dictada con ocasión del recurso de apelación.

La queja gira en torno al derecho al juez imparcial, porque esta parte intentó la recusación del Magistrado Sr. Durbán, no solo integrante del Tribunal ante el que se celebró el juicio en primera instancia, sino ponente del asunto, debido a que también formó parte del tribunal que vio el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado de instrucción y dictó auto, con fecha 15/12/17, acordando la transformación de Diligencias Previas en Sumario.

Desde luego que este Tribunal comparte la doctrina que se menciona en el recurso sobre esta cuestión, pero lo que echa en falta es la aportación de datos precisos, que sabe que deberían llevar al rechazo del motivo, como los relativos al momento en que tiene conocimiento de la composición del tribunal y fecha en que intenta la recusación, porque lo que no nos vale es que diga que "esta parte desconocía hasta el día del juicio quienes compondrían la sala, dados los frecuentes cambios de los componentes de la misma", y solo cita como ejemplo de ello una diligencia de ordenación de 19/10/17 en que constaba como ponente otro Magistrado, pero omite la resolución en que tiene lugar el cambio de ponencia.

Por lo demás, la sola circunstancia de haber tenido contacto con la instrucción no es suficiente para generar sospechas de parcialidad, sino que hay que precisar si su actuación anterior es cuestión afectante a la existencia de indicios de culpabilidad del inculpado, como cuando el pronunciamiento es sobre la situación personal de prisión o es con ocasión del procesamiento o, en general, se realizan consideraciones que pudieran haber condicionado negativamente al inculpado, lo que no es del caso, pues la resolución que se invoca, como es el auto de transformación del procedimiento en sumario, es de un contenido básicamente procedimental, que no encierra decisión de fondo afectante a la culpabilidad.

Por otra parte, mal puede prosperar una recusación planteada extemporáneamente, cuando, al menos desde el día 21 de mayo de 2019 la defensa conocía la composición del tribunal y hasta pasados cuatro meses después no presenta tal recusación, lo que, además de no respetar el plazo de diez días que establece el art. 223. LOPJ, no deja de ser una muestra de quien va contra sus propios actos, porque, dejar pasar el plazo, supone consentir una resolución, que luego se cuestiona.

Y en lo relativo a las preguntas que no se le permitió hacer a la defensa, que pone en relación con esa pretendida falta de imparcialidad, decir que, al rechazarse la concurrencia del motivo de recusación, cae esta parte del motivo, en la medida que se vincula a ello. Pero, en todo caso, ni se dice qué tipo de indefensión le pudo haber ocasionado que no se le admitiera la concreta pregunta que reproduce en el escrito, ni si, ante tal denegación, formuló la correspondiente protesta.

2.1.2.- Motivo de casación (enumerado como segundo): "Por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías al haberse admitido y utilizado para fundamentar la condena pruebas obtenidas de modo ilícito (artículo 24 de la constitución), que habrían violentado el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (artículo 18 de la Constitución)".

En realidad, cuando, luego, desarrolla el motivo no explica por qué se ha producido tal vulneración, sino que se centra en cuestionar el razonamiento que en la primera sentencia se utiliza para rechazar esta misma alegación, que ya fuera planteada como cuestión previa al inicio del juicio oral, y que gira en torno a que dicho material fue obtenido de manera ilegal, sin el consentimiento del acusado y sin autorización judicial habilitante, entrando a discrepar de la valoración que hace la Audiencia Provincial de las declaraciones del acusado y ofendida.



Reproduce un pasaje de la declaración prestada en juicio por esta, que transcribe literalmente: "básicamente me metí en su cuenta DIRECCION004 , tenía la contraseña. Fui a mirar los archivos y luego había como un archivo escondido, y ahí encontré el archivo". Más adelante añade que el acusado nunca le proporcionó sus claves de acceso, y termina diciendo que no hay ninguna prueba objetiva más allá de lo dicho en el Plenario por la menor que acredite que aquél la proporcionase sus claves de correo electrónico y cuenta de DIRECCION004 , para, a partir de ahí, pretender que se imponga la versión del acusado sobre la de la ofendida, lo que no cabe que hagamos.

Como hemos dicho, la valoración de la prueba es misión que corresponde, en exclusiva, al tribunal ante cuya presencia se practica, quedando en manos del control casacional el análisis de su racionalidad, que, en el caso que nos ocupa, consideramos acertado, una vez hecha la correspondiente verificación, en el juicio de revisión que nos toca, sobre este particular, que, en concreto, lo encontramos en el fundamento de derecho sexto de la STSJA, en relación con el tercero de la sentencia de la Audiencia Provincial.

En consecuencia, al haber conseguido la ofendida las imágenes de una manera a la que no cabe poner reproche, porque tenía libertad para acceder a ellas, y haber dispuesto libremente de ellas, poco más cabe decir para rechazar este motivo de recurso, a no ser que nos remitamos a las consideraciones que, en igual línea, se hacen tanto en la primera sentencia, como en la dictada con motivo del recurso de apelación, que asumimos en su integridad.

2.1.3.- Motivo de casación (enumerado como tercero): "Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido por el art. 24 de la Constitución y del artículo 6,2 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Ausencia de corroboraciones periféricas salvo la grabación cuya admisión como prueba ha sido combatida en el anterior motivo de casación y que fue aportada más de dos meses después de la denuncia sin que conste que mi mandante esté en dichas imágenes".

Se corresponde este motivo con el alegado en sexto lugar en el recurso de apelación, previo a este de casación, y, aunque se invoca vulneración al derecho a la presunción de inocencia, en realidad, se está cuestionando la valoración de la prueba hecha por el tribunal ante cuya presencia se practicó. La cuestión ya ha sido debidamente analizada en la sentencia recurrida, con un criterio que nos parece razonado y razonable y, por lo tanto, nos limitaremos a verificar si efectivamente la prueba practicada, porque responde a una estructura racional, es apta para destruir la presunción de inocencia.

Vaya por delante que, en la medida que hemos rechazado la impugnación que se hace de las grabaciones aportadas por la menor, el motivo decae por su propio planteamiento, puesto que, si dice que, salvo esas grabaciones, no hay otras corroboraciones periféricas y hemos dado validez a las mismas ya tenemos esa corroboración que se niega.

En cualquier caso, explica el tribunal de apelación, con un criterio que compartimos, la razón de por qué las manifestaciones de la víctima son verosímiles, como apreció el que las escuchó; porque reunían los requisitos de credibilidad, deteniéndose en esos elementos de corroboración que las afianzan, entre otros, el ya referido pendrive.

Frente a ello, en el recurso de casación, al igual que se hizo en el de apelación, se cuestiona la credibilidad de la menor o su persistencia en la incriminación, a base de extraer pasajes de su testimonio, que se interpretan a conveniencia, y se trata de que prevalezcan sobre la libre valoración de conjunto realizada por el tribunal, con quiebra de lo dispuesto en artículos, como el 741 LECrim, dinámica en la que, por las razones que venimos exponiendo, no hemos de entrar.

En el tercero de los fundamentos de la primera sentencia se van aportando datos que, en sí mismos, revisten de credibilidad la declaración de la menor, como fechas y lugares de encuentro con el condenado, o cómo se va fraguando la relación entre ambos. También se recogen testimonios de amigas, compañeras de clase, que relatan la relación especial que se pudo apreciar entre ambos; o se hace mención a los mensajes de Whatsapp, de cuyo análisis destaca el tribunal que "permiten apreciar que éste [el acusado] actúa con una clara finalidad seductora -muy alejada del pretendido carácter platónico que, según indicó el acusado, tenía la relación-"; también a los emails que se cruzan; o se refieren al visionado del vídeo en el que aparece la menor e identifica al acusado participando en un acto sexual. Incluso, se valoran lo que la defensa considera contradicciones en las declaraciones prestadas por la menor o cartas escritas por esta favorables al acusado, y se da una explicación, que es igualmente razonable, por la que, en ese contexto de valoración conjunta de toda la prueba practicada, no obstante estos elementos, llevan al tribunal al convencimiento de su culpabilidad.

En definitiva, la valoración de la prueba cumple con los criterios de racionalidad a que nos venimos refiriendo y, por lo tanto, también este motivo de recurso ha de ser rechazado.



2.2.- Motivo de casación (enumerado como cuarto): "Por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24 de la Constitución) y vulneración del art. 6,3º y 6,1º del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Públicas".

Motivo que coincide con el primero de los alegados en el recurso de apelación, previo a este, que ha obtenido adecuada y acertada respuesta.

Se queja en ellos la representación del condenado de que le fueron inadmitidas dos pruebas periciales, que interesó en su escrito de defensa, así como dos vídeos en el acto del juicio oral tras la declaración de la menor, al amparo del art. 729.3 LECrim, a fin de ilustrar al tribunal del valor probatorio de la declaración de esta.

Comenzando por esta última, no es fácil de entender que se proponga tal prueba en el trámite del art. 729.3º, cuando, si los tenía en su poder al inicio del juicio, debió presentarlos, al menos, en ese momento.

Por lo demás, en relación con la indefensión que le ha ocasionado a la parte, dice en el recurso que se trataba de una prueba tendente a acreditar la ausencia de fiabilidad de la menor, con lo que, si esta era su finalidad, se trataba de una prueba innecesaria, habida cuenta que la mejor y más adecuada fórmula de constatar esa fiabilidad conforme a derecho, era mediante el testimonio cruzado que permite el contradictorio, a realizar en el acto del juicio oral, como así se llevó a cabo.

En cuanto a primera de las pruebas periciales denegadas, consistente en que por médico forense se explorase tanto al procesado como a la menor para que informase sobre si el grado de desarrollo o madurez de los mismos eran próximos, consideramos, como consideró el tribunal de enjuiciamiento, que era una prueba de la que podía prescindir, por tanto, era innecesaria, cuando, como sucede en el caso, mediante criterios objetivos, como el que resulta de la enorme diferencia de edad entre acusado y menor (unos 24 años), es suficiente para formar criterio sobre la madurez entre ambos; si ello se pone en relación con la protección al menor, y la razón que se dijo en instrucción para denegar dicha prueba (en sintonía con criterios contrarios a una doble victimización secundaria de la víctima) fue para evitar otras perturbaciones a la víctima, con más razón estimamos que fue ajustada a derecho la decisión de no practicarla.

Y en cuanto a la segunda pericial, relativa a una nueva exploración médica de la menor, a fin de determinar si el día en que se propuso la prueba seguía teniendo el himen íntegro, también era una prueba innecesaria, precisamente, porque se contaba con el informe forense, del que no se nos dice qué déficit pudiera haber tenido para interesar otro más. Si a ello se añade que el forense lo ratificó en el acto del juicio, bien pudo interesar allí cuantas aclaraciones hubiera tenido por conveniente.

2.3.- Motivo de casación (enumerado como sexto): "Por vulneración del derecho de defensa al no alterar el orden de prueba practicada y a que se sentase el acusado junto a su letrado (artículo 24 de la constitución) y por no serle traducido el desarrollo del juicio oral ni las declaraciones de peritos y testigos que en el mismo declaraban, vulnerándose así el artículo 6, 3º letra "e" del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales".

2.3.1.- El motivo de recurso es una reproducción del alegado en segundo lugar en el recurso de apelación, con la incorporación de una frase más al final, que no se contiene en este, en que se añade que "tratándose el acusado de nacionalidad inglesa que no comprendía bien el castellano, sin que, como puede observarse en la videograbación del juicio oral, le fuesen traducidas las diferentes pruebas periciales y testificales que iban practicándose ni el desarrollo del juicio oral", a partir de cuyo añadido, se queja de esa falta de traducción, de la que, como decimos, nada se dice con ocasión del recurso de apelación.

Pues bien, en relación con este particular del recurso, decir que es cuestión nueva, no planteada en la apelación, lo que, retomando lo que decíamos en el primer fundamento, implica que, al no haber sido discutida entonces, fue consentido que se celebrase el juicio en esas circunstancias, por lo que, siendo esto así, ahora no debería ir la defensa contra sus propios actos e interesar algo que en otro momento anterior consintió. Pero es que, además, si tal ausencia de traducción suponía una merma en el derecho de defensa, debió haber formulado su protesta el letrado en el acto del juicio, y no consentir que se celebrase como se celebró.

En todo caso, la queja es porque que el acusado "no comprendía bien el castellano", pero no se invoca quiebra de derecho alguno en relación con este concreto inciso del motivo, por lo que la misma ha de ser rechazada.

2.3.2.- Y en cuanto a la queja relativa a no haberse alterado el orden en la práctica de la prueba y practicar la declaración del acusado en último lugar, así como que no se autorizase a sentarse junto a su letrado, son cuestiones a las que se da respuesta en la sentencia de apelación, con un criterio que compartimos.

En efecto, en lo relativo a que no se sentasen juntos abogado y acusado, debería exponerse con claridad en el motivo, qué indefensión real, material y efectiva se ocasionó, que no se dice. Es más, no se indica en el recurso si, en algún concreto momento de las sesiones del juicio, fue necesario algún preciso contacto para abordar



alguna cuestión esencial de cara al resultado final del proceso, y nada se dice sobre este particular, ante lo cual se ha de considerar suficiente las comunicaciones que acusado y defensa tengan con anterioridad y en los intervalos que medien entre sesión y sesión de juicio.

Y en cuanto a la queja por el orden en que se tomó declaración al acusado, transcribiremos la doctrina que nos ha aportado la jurisprudencia, para rechazarla.

En este sentido, el Fundamento de Derecho 146.3 de la STS 507/2020, de 14 de octubre de 2020, dice como sigue:

"3.- En orden a la petición formulada en el trámite del art. 786.2 LECrim de alterar el orden de las pruebas para que los acusados declarasen una vez realizada toda la prueba propuesta y conocer así el resultado de declaraciones y peritajes, tal cuestión ha sido ya abordada por esta Sala en STS 259/2015, de 30 de abril, declarando que carece de fundamento, argumentando que:

El orden en el que deben practicarse las pruebas está predeterminado legalmente en el artículo 701 de la Lecrim. Se comenzará con la que haya propuesto el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores, y, por último, por la de los acusados. Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. La decisión sobre alterar el orden de las pruebas, corresponde al Presidente del Tribunal, naturalmente expresando el criterio mayoritario del conjunto de la Sala, tal y como previene expresamente el último párrafo del citado artículo 701 de la Lecrim, "cuando así lo estime procedente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad", y en el caso actual no se aprecia la concurrencia de razones de peso que hiciesen procedente ese cambio.

Con independencia de la valoración que pueda realizarse desde una perspectiva teórica o de "lege ferenda" sobre cuál debería ser el momento más adecuado para la declaración de los acusados en el juicio oral, lo cierto es que un "usus fori" muy consolidado sitúa esta declaración al comienzo del juicio, con el fin de precisar la versión de los acusados delimitando así las cuestiones fácticas controvertidas. Y éste fue el momento procesal en el que se interesó la práctica de la prueba por el Ministerio Fiscal, por lo que el Tribunal sentenciador no hizo más que cumplir lo que establece la ley, al seguir el orden de práctica de las pruebas establecido en el art 701 de la Lecrim.

Esta dinámica judicial usual contribuye a esclarecer y simplificar el desarrollo del juicio, al concretar los hechos que deben ser acreditados por la acusación, y evitar la dilación que conllevaría desarrollar un esfuerzo probatorio específico para tratar de demostrar datos o elementos fácticos, centrales o meramente periféricos pero relevantes, que son admitidos por los propios acusados, máxime cuando otro "usus fori" muy habitual determina que los escritos de calificación provisional de las defensas no contengan ordinariamente relato de hechos, limitándose a negar los hechos de la acusación, por lo que la posición específica mantenida por los acusados en el ámbito fáctico no se encuentra, en la mayoría de las ocasiones, suficientemente precisada antes del juicio.

Esta práctica judicial habitual, que tiene sus antecedentes en la época de entrada en vigor de la propia Lecrim (SSTS de 19 de mayo, 28 y 30 de junio de 1883, e Instrucción 51/1883, de la Fiscalía del Tribunal Supremo), trata de suplir una laguna apreciable en la Lecrim que no prevé expresamente un momento procesal para que los acusados puedan ejercer su derecho a declarar, salvo a través del ejercicio de su derecho a la última palabra, que constituye un trámite muy tardío, y escasamente determinante, que se produce cuando el juicio prácticamente ha terminado.

En consecuencia, para evitar que el derecho de los acusados a expresarse y aportar su versión se demore a este tardío momento procesal, y teniendo en cuenta que el juicio debe comenzar en todo caso con la lectura de los hechos de la acusación y la pregunta a los acusados sobre su conformidad con los mismos, el "usus fori" determina que, en caso de respuesta negativa a dicha solicitud de conformidad, el juicio comience precisamente con las explicaciones y aclaraciones del acusado, contestando, si desea hacerlo, a las preguntas que le formulen la acusación y su propia defensa.

A través de esta declaración inicial, y del derecho a la última palabra, los acusados pueden ejercer doblemente su derecho a expresarse sobre la acusación formulada contra ellos, tanto al comienzo del juicio como al final. El juicio comienza y termina dando la palabra a los acusados.

Ha de tomarse también en consideración que en los supuestos de pluralidad de acusados, la declaración de cada uno de éstos tiene una doble naturaleza, en la medida en que puede servir, con las prevenciones oportunas, como prueba de cargo contra los demás, por lo que la declaración al comienzo del juicio facilita el derecho a la contradicción de las defensas de los demás acusados, en el caso de que la declaración inicial de uno de los ellos contenga elementos incriminatorios para los demás. Es cierto que este "usus fori" ha sido impugnado por un sector doctrinal, cuestionando que sea lo más conveniente para el ejercicio del derecho de



defensa. Sin embargo la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS 309/2009, de 17 de marzo, entre otras) no aprecia que esta práctica usual determine la indefensión de los acusados, pues éstos pueden, en cualquier caso, ejercer su derecho constitucional a no declarar, y a no declararse culpables, negándose a responder a cualquier pregunta que estimen que pueda comprometerles.

En la doctrina de esta Sala se señala que cuando se realiza la declaración del acusado, con independencia del momento del juicio en el que se produzca, el acusado ya conoce las pruebas que la acusación propone como de cargo y las manifestaciones de los testigos ante el Instructor; ya ha podido tener información acerca del planteamiento de su defensa o de la de otros acusados sobre la validez de las mismas; ya dispone de la necesaria asistencia letrada; ha tenido oportunidad de asesorarse suficientemente acerca de las eventuales consecuencias de la validez o eficacia de las pruebas existentes en su contra; ha tenido oportunidad de pedir y recibir opinión y consejo técnico acerca de las posibles consecuencias de su declaración; y ha sido informado debidamente de sus derechos, entre los que se encuentra el de no declarar, no confesarse culpable y no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le hagan. En definitiva, ha tenido oportunidad de decidir cómo orientar su declaración y su defensa (STS núm. 1129/2006, de 15 de noviembre, entre otras), por lo que no cabe apreciar que esta declaración, en todo caso voluntaria, le ocasione indefensión.

Es cierto que el modelo anglosajón es otro, y que este modelo ejerce una influencia cada vez más acusada, y a veces excesiva, en el ámbito de la doctrina procesal, pero no siempre es conveniente ni necesario insertar elementos aislados de un modelo procesal en otro que funciona, en su conjunto, con parámetros diferentes. Máxime cuando en el modelo anglosajón el acusado es libre de no declarar, pero si lo hace está obligado a decir verdad, e incluso puede ser acusado de perjurio si miente para evitar incriminarse.

También es cierto que existe en el momento actual una práctica judicial minoritaria que admite la alteración del orden habitual de las pruebas en cuanto a la declaración del acusado, partiendo de la base de que el derecho a no declarar y a no confesarse culpable incluye el derecho a que el acusado adapte su declaración a la prueba que se haya practicado a lo largo del juicio. Se alega que estando presente el acusado durante las testificales y el conjunto de la prueba practicada en el juicio, si declara al final tiene la posibilidad de adaptar sus respuestas según mejor convenga a la tesis de su defensa.

Sin entrar en la polémica, y advirtiendo sobre la pérdida de credibilidad de la declaración que esta práctica podría conllevar, máxime cuando en nuestro modelo procesal si el acusado decide declarar no está obligado a decir la verdad, lo cierto es que hasta la fecha la Jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Constitucional o del TEDH no ha extendido el derecho constitucional a no declararse culpable hasta el punto de que corresponda a la defensa elegir el momento en que el acusado debe declarar o que sea necesario que su declaración se produzca al final el juicio.

Ha de resaltarse, con independencia del sistema que pueda adoptarse en el futuro a través de una eventual reforma legislativa, que importar acríticamente el modelo norteamericano derivado de la Quinta Enmienda de su Constitución, en el sentido de que el acusado no está obligado a declarar pero si lo hace corresponde a la defensa decidir el momento de su declaración en el juicio, no puede perder de vista que en dicho modelo esta facultad está compensada por el hecho de que cuando el acusado renuncia a su derecho a no declarar se convierte en un testigo más, con la posibilidad de ser perseguido por perjurio caso de no decir la verdad, perdiendo la inmunidad frente al delito de falso testimonio. Inmunidad que en nuestro modelo el acusado conserva en cualquier caso".

2.4.- Motivo de casación (enumerado como séptimo): "Al amparo del artículo 852 de la LECrim, por vulneración del derecho de defensa; a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (artículo 24 de la constitución) y del derecho a guardar silencio y a no contestar a algunas preguntas que se le formulen (artículo 520 y concordantes de la LECrim)".

Se trata de un motivo nuevo, introducido *per saltum* en este recurso de casación, lo que sería suficiente para rechazarlo.

En cualquier caso, no se corresponde con la realidad que se diga, como se dice en el recurso, que en la sentencia de la Audiencia Provincial "se fundamenta la condena en que "el acusado se negó a contestar a las preguntas de la acusación particular[...]"", porque no es eso lo que resulta de una mera lectura de dicha sentencia; en particular, volvemos a remitirnos a su Fundamento de Derecho tercero, en que se realiza un examen detallado y exhaustivo de toda la prueba practicada, que es lo que lleva a declarar la culpabilidad del acusado.

2.5.- Motivo de casación (enumerado como primero): "Por infracción de Ley, al amparo de los artículos 847,1º y 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la inaplicación de la atenuante muy cualificada del art. 21.7º,



en relación con el 183 quater del Código Penal o, alternativamente, la atenuante del artículo 21.1 en relación con el 20.1 también como muy cualificada".

Resultado de lo que se ha ido viendo en los apartados anteriores, tras la verificación realizada sobre la prueba practicada, hemos corroborado el acierto en la valoración que de la misma ha realizado el tribunal ante cuya presencia se practicó; si esto lo ponemos en relación con que en el motivo que ahora nos ocupa está articulado en base al art. 849.1º LECrim (*error iuris*), habremos de partir, en el análisis del mismo, del escrupuloso respeto a los hechos declarados probados.

Es un motivo que fue esgrimido con ocasión del recurso de apelación, y también encontramos dedicación al tratamiento de la atenuante en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial; en ambos casos con consideraciones que compartimos para negar su aplicación.

En efecto, si en los hechos probados se dice textualmente, respecto de Bernardino, nacido el NUM003 /1977, que "en el curso 2015/2016, guiado por un ánimo libidinoso y aprovechando la especial situación de ascendencia y superioridad que le brindaba su condición de profesor, el acusado inició con la alumna Estela, nacida el NUM004 /2001, una relación fingidamente amistosa[...]", para más adelante continuar diciendo que "la relación se tornó más intensa aproximadamente a partir del mes de mayo de 2016, manteniendo el acusado con la menor numerosas veces relaciones sexuales con penetración vaginal y bucal[...]", situación que "se prolongó hasta el día 13 de noviembre de 2016", y son estos pasajes los que sirven para apreciar, como se hace con razón desde la primera sentencia, el subtipo agravado de prevalimiento, no cabe la aplicación de dicha circunstancia por razones estructuralmente incompatibles con una situación de abuso, como la que deriva del prevalimiento.

Establece el art. 183 quater lo siguiente: "El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez".

Como decimos, es la redacción del precepto lo que hace incompatible su aplicación cuando estamos ante situaciones de abuso, como el prevalimiento, y, para mantener esto, hacemos nuestras las palabras que encontramos en el apartado 7 de la Circular de la Fiscalía General del Estado, 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater CP, que, en relación con el ámbito de aplicación de esta eximente, y por lo que a delitos como el que aquí nos ocupa, en que concurra violencia, intimidación o prevalimiento, dice lo siguiente: "lógicamente estas acciones en ningún caso pueden entenderse consensuadas y por tanto no cabrá ante ellas aplicar la previsión del art. 183 quater CP".

En cualquier caso, aunque prescindieramos de la consideración anterior, que ya nos llevaría a la desestimación de este motivo del recurso, en ningún caso concurren los presupuestos para la aplicación de dicha circunstancia, ni siquiera como la atenuante analógica que se pretende.

Con motivo de la reforma que tiene lugar en nuestro CP por LO 1/2015, de 30 de marzo, resultó modificado el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II, que pasó a intitularse "de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años"; a ellos hay una referencia en el apartado XII de su Preámbulo, que dice como sigue:

"Se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la "edad de consentimiento sexual" como la "edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor." En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos -donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años- y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil.



De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez".

Pues bien, es en esa política de endurecimiento a que nos obligaba la Directiva, por lo que nuestro legislador elevó a los 16 años lo que la propia Directiva denomina "edad de consentimiento sexual", que define en su art. 2, como "la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor", con lo cual la reforma, siguiendo pautas que nos venían impuestas por una normativa internacional, consigue una adaptación de la ley penal a comportamientos sexuales que, ya, desde un punto de vista social se consideraban, al menos, incorrectos, cuando no reprobables, y que había que corregir, porque, como recuerda el Preámbulo, la edad de 13 años prevista anteriormente resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos, que la situaban entre los 15 y 16 años.

Ahora bien, dadas las características del delito que nos ocupa, hay que reconocer que está en juego la libertad, en este caso sexual, en que, debido a que el grado de madurez del individuo no está sujeto a reglas rígidas, sino que pasa por la formación y condicionantes de cada cual, ha dispuesto en el art. 183 quáter una causa de exención de la responsabilidad, cuya naturaleza se aproxima a una causa de exclusión de la tipicidad, pues, como decíamos en nuestra STS 478/2019, de 14 de octubre de 2019, con ella "se trata de destipificar conductas en las que la edad del sujeto activo se aproxime a la del menor de edad, por cuanto entonces habría una madurez similar en ambos".

En todo caso, se trata de una cláusula para cuya aplicación en la relación sexual de un mayor de edad con un menor de 16 años precisa que la edad del mayor sea próxima a la del menor, y que, también, ambos sean próximos en madurez; son, pues, dos requisitos cumulativos, que, de no concurrir ambos, descartan de raíz la aplicación de dicha cláusula de exención de responsabilidad penal.

No ha optado nuestro legislador por un criterio cronológico puro, sino que lo ha combinado con la relación de proximidad entre la edad del mayor y el menor, y en la simetría de madurez entre ambos, y ello porque estos son factores no sujetos a reglas fijas, lo que no significa que no podamos encontrarnos casos claros en que ni uno ni otro, o bien que uno u otro, se presenten sin duda, porque, si esto es así, cae por su base la aplicación de la referida cláusula de exoneración.

En este sentido la referida Circular de la Fiscalía 1/2017, en el apartado que dedica al grado de desarrollo o madurez, dice lo siguiente: "Como se ha expuesto, nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurren entre autor y víctima".

En repaso por nuestra jurisprudencia son pocas las resoluciones que encontramos en relación con el juego del art. 183 quater CP. De ayuda nos puede servir, además de las anteriormente citadas Circular 1/2017 y STS 478/2019, la STS 1001/2016, de 18 de enero de 2017, en la que, en relación con este artículo, se puede leer lo siguiente: "[...], aunque el nuevo artículo no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre. Sin embargo, sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios". En el caso que abordaba "la diferencia de edad se produce entre los, más o menos, veinte años y medio del acusado y los, aproximadamente, once años y ocho o nueve meses de la menor", de manera que esta diferencia de edad, superior a los 8 años y medio, así como la existente en cuanto al grado de madurez y desarrollo, y teniendo en cuenta el desequilibrio tanto objetivo, como el subjetivo, le llevan a descartar la aplicación del referido art. 183 quater. Dice así la Sentencia: "Se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso".

Trayendo las anteriores consideraciones al caso que nos ocupa, es tan grande la diferencia que distancia la edad del acusado y la menor, no menos de 24 años, que, objetivamente considerado, no ya es que impidan hablar de proximidad entre la edad de uno y otra, sino que es tanta su lejanía que hacen inviable apreciar la atenuante que se pretende, precisamente ante la tan notable distanciación en el tiempo para que entrase en juego el primero de los presupuestos imprescindible para su aplicación; pero es que tampoco concurre el segundo, pues, como se deja constancia en la primera sentencia, el acusado estuvo unido a otra mujer en el pasado con la que tuvo dos hijos, evidencia de una madurez sexual, completamente alejada de la que pueda tener una joven de 15 años.



En definitiva, se desestima el motivo de recurso.

TERCERO.- Recurso de casación presentado por la representación procesal del responsable civil subsidiario: BRITISH EDUCATION SYSTEM, S.L.

3.1.- Primer motivo: "Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el artículo 849,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que la sentencia recurrida infringe el contenido del artículo 120.4º y demás concordantes del Código Penal y de la Jurisprudencia en el particular relativo al mantenimiento de la declaración de responsabilidad civil subsidiaria decidida respecto de nuestra representada la entidad British Education System, Sociedad Limitada".

3.1.1. La cuestión ha sido abordada tanto en la primera sentencia, como en la de apelación, con argumentos que compartimos y, por lo tanto, nos remitimos a ellos, que descartan la tesis de la recurrente.

En efecto, la responsabilidad civil subsidiaria es una responsabilidad vicarial, esto es, por hecho ajeno, que no descansa en la culpabilidad del sujeto que comete el delito, sino en defectos sobre su control, que ha llegado a ser considerada una responsabilidad puramente objetiva, en la que ha ido dejando paso el criterio de las culpas *in vigilando* o *in eligendo*, a la "teoría del riesgo", a costa de ensanchar su base, en el sentido de que su fundamento no está en esa falta de cuidado en la vigilancia o en la elección por parte del principal, sino en la creación de un riesgo derivado del servicio que presta su empleado o dependiente, respondiendo al principio *cuius commoda, eius incommoda*.

Sin embargo, el planteamiento de la recurrente gira en torno a la idea eludir el carácter objetivo que la jurisprudencia ha ido dando al régimen de responsabilidad civil subsidiaria contemplado en el art. 120.4º CP, y, en línea de tal desobjetivación, viene a mantener que se la condena por la sola circunstancia de ser el acusado profesor de esa entidad; cita la jurisprudencia que considera en apoyo de su pretensión y dice que "no puede concluirse la responsabilidad de nuestro principal, como hace la sentencia impugnada, sobre el solo hecho de ser el mismo profesor del centro escolar a que acudía la menor en el momento de producirse los hechos sometidos a enjuiciamiento"; y hace mención, también, a que los hechos se cometen fuera de dicho centro, que era donde impartía sus clases.

El anterior planteamiento no puede triunfar, si nos atenemos a la jurisprudencia que en la materia ha ido emanando de esta Sala, de la que una muestra la encontramos en la STS 382/2020, de 9 de julio de 2020, en la que, recordando lo que decíamos en la STS 213/2013 de 14 de marzo, se puede leer lo siguiente:

"La interpretación de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la existencia de la responsabilidad se efectuaba, en la Jurisprudencia basada en el CP anterior (SSTS 1 de abril de 1979, 29 de noviembre de 1982, 19 de junio de 1991, 28 de septiembre de 1994, 17 de julio de 1995 y 23 de abril, entre otras), con un criterio amplio, apoyándose la fundamentación de la responsabilidad civil subsidiaria no sólo en los pilares y tradicionales de la "culpa *in eligendo* e *in vigilando*" sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio "qui sentire commodum, debet sentire incommodum".

Más adelante continuaba:

"Más modernamente -sigue diciendo la sentencia- la jurisprudencia de esta Sala a propósito de esta responsabilidad, (Cfr. STS. 1096/2003; SSTS 239/2010 de 24.3; 1036/2007 de 12-12; STS 27-6-2012, nº 569/2012) precisa que su razón de ser se encuentra en el principio de derecho según el cual, quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también los daños ocasionados por el mismo (principio "cuius commoda, eius est incommoda"), subrayando la evolución de dicho fundamento desde la culpa "in vigilando" o "in eligendo" hasta una suerte de responsabilidad objetiva, siempre que concurren los siguientes elementos:

a) existencia de una relación de dependencia entre el autor del ilícito penal y el principal, ya sea persona jurídica o física, bajo cuya dependencia se encuentre, sin que sea preciso que la misma tenga carácter jurídico, sea retribuida o permanente, bastando que la actividad así desarrollada cuente con la anuencia o conformidad del principal, sin que por tanto la dependencia se identifique con la jerárquica u orgánica siendo suficiente la meramente funcional; y,

b) que el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación (SSTS, entre muchas, 2422/01 o 1033 y 1185/02)".

E indicaba, también, con cita de la misma sentencia, que "el requisito exigido para la aplicación de este art. 120.4 Código Penal nada tiene que ver con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida se contrae a que el responsable penal ha de haber actuado con cierta dependencia en relación a la empresa; dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones", lo que es



natural que recuerde, porque esta línea jurisprudencial lo que precisa es que el hecho delictivo del que deriva esta responsabilidad se ha de encontrar dentro del ejercicio, tanto normal como anormal, de las funciones que le corresponden al condenado, y ello porque, esa misma jurisprudencia, descarta que las extralimitaciones en que pudiera haber incurrido el empleado excluyan la responsabilidad civil subsidiaria del empleador, pues, no en vano, todo delito conlleva una extralimitación.

3.1.2. Trasladando las anteriores consideraciones al caso, nos llevan a la desestimación del motivo, y, para ello, partimos de aquellos fragmentos de los hechos probados que consideramos más fundamentales en apoyo de lo que decimos, y que transcribimos a continuación:

En uno de ellos, refiriéndose al condenado Bernardino, nacido el NUM003 /1977, dice, por un lado, como sigue:

"En el curso 2015/2016, guiado por un ánimo libidinoso y aprovechando la especial situación de ascendencia y superioridad que le brindaba su condición de profesor, el acusado inició con la alumna Estela, nacida el NUM004 /2001, una relación fingidamente amistosa, dándole un trato preferente y logrando que el vínculo con ella se volviera poco a poco más personal e íntimo".

Y en otro de los pasajes, en referencia al centro escolar, añade:

"La dirección del colegio tuvo noticia, meses después de la contratación del acusado, de que este había sido enjuiciado y absuelto en el Reino Unido por abusos sexuales. Asimismo, fue informada de que dos profesores habían visto al acusado y a la menor juntos en horario no escolar, concretamente en el supermercado y en la playa. Pese a ello, no adoptó medida alguna hasta que la madre de la menor denunció los hechos, siendo entonces cuando despidió al acusado".

Pues bien, con la información que aportan los anteriores pasajes de los hechos probados, consideramos que cabe entrar en la aplicación del referido art. 120.4 CP, no ya por la vía de la teoría objetiva del riesgo, sino por la subjetiva de la *culpa in vigilando*.

En efecto, que la relación entre el acusado y la menor surge del conocimiento que entablan, debido a la condición de profesor del centro de aquel, al que acude esta para asistir a sus clases, es determinante para que se entable; por ello, el que se extralimitase en su función docente, para la que estaba contratado, perpetrando su ilícita actividad sexual, es indiferente, porque aquella relación entre ambos arranca, precisamente, del contrato que tenía, siendo la confianza que va ganando sobre la menor factor determinante para mantener los contactos sexuales que se van sucediendo entre ambos. En este sentido, compartimos la consideración que se hace en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia de la Audiencia Provincial, en que dice que "cabe afirmar que el delito que genera la responsabilidad está inscrito dentro del ejercicio -sin duda anormal- de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad o cometido confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación".

En consecuencia, siendo esto así, desde el momento que la dirección tiene conocimiento de los antecedentes por abusos sexuales del acusado, como se refleja en los hechos probados, debió extremar sus precauciones sobre él, pues, por más que a efectos judiciales su presunción de inocencia no hubiera quedado afectada, debido a que no resultó condenado, los criterios a utilizar en el manejo del devenir ordinario de la vida en orden a las pautas de comportamiento y previsión de acontecimientos, como correspondía al centro educativo, no tienen por qué coincidir con las que derivan o imponga tal presunción en el marco del proceso.

Pero es que estas precauciones debieron intensificarse al conocerse los contactos extraescolares de la pareja fuera de las horas lectivas, también conocidos por la dirección, sin que esta mostrase interés por indagar a qué se debían.

En definitiva, concurrían una serie de factores de incremento de riesgo, que, al no ser controlados por la dirección, cumplen los parámetros para hablar de una inacción por parte del centro, más próximos a criterios subjetivos de culpa *in vigilando*, que a los objetivos, propios de la teoría del riesgo.

En definitiva, el motivo de recurso ha de ser rechazado.

3.2.- Segundo motivo: "Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que la sentencia recurrida infringe el contenido del artículo 109 y demás concordantes del Código Penal y de la jurisprudencia que lo desarrolla en el particular relativo al quantum indemnizatorio fijado".

No obstante la rebaja en el *quantum* indemnizatorio que se establece en la sentencia de apelación (25.000 €), respecto de la inicialmente concedida en la primera sentencia (50.000 €), se interesa en este motivo de casación una nueva reducción.



Como dice el M.F. en su respuesta este motivo de recurso, la cuantificación de la responsabilidad civil no está sujeta a control casacional, sino solo sus bases, y estas vemos que se mencionan en el fundamento de derecho sexto de la sentencia de la Audiencia Provincial, cuyo criterio ha de ser mantenido, por cuanto que los parámetros que en ella se tienen en cuenta para fijar la indemnización, con mayor motivo los consideramos razonables, vista la reducción que ha tenido lugar con ocasión de la estimación parcial del recurso de apelación sobre este particular.

No es cuestión de reiterar dichos parámetros, pero el solo tiempo que duró la relación, en torno a ocho meses, y la circunstancia de abuso y engaño con que se perpetró, hacen más dolorosa la situación vejatoria por la que tuvo que pasar la menor, ya importante con solo tener en cuenta la diferencia de edad y de madurez entre ella y el condenado.

En consecuencia, procede, también, la desestimación de este motivo de recurso.

FALLO

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

DESESTIMAR los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Bernardino y **SYSTEM SA BRITISH EDUCATION** contra la Sentencia dictada con fecha 18 de junio de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001 en el Recurso de Apelación nº 53/2020, que se confirma íntegramente, con imposición de las costas causadas en sus recursos, incluidas las de la acusación particular.

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.

D. Julián Sánchez Melgar D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Vicente Magro Servet D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián