



Roj: **STS 2401/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2401**

Id Cendoj: **28079120012021100521**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2021**

Nº de Recurso: **3443/2019**

Nº de Resolución: **521/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 4505/2019,**
STS 2401/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 521/2021

Fecha de sentencia: 16/06/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3443/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3443/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 521/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 16 de junio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Víctor Manuel**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 29 de mayo de 2019, que desestimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de indicado acusado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta, de fecha 21 de diciembre de 2018, siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Marta Cendra Guinea y bajo la dirección Letrada de Dña. M^a Pilar Molina Riazuela y D. Jesús M^a Redondo Lavín, y la recurrida Acusación Particular D. Ezequiel y Dña. Purificación, representados por el Procurador D. Ignacio Rodríguez Díez y bajo la dirección Letrada de D. José Antonio Rello Achay.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 14 de Madrid incoo Procedimiento Abreviado con el nº 1792/2016 contra Víctor Manuel, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta, que con fecha 21 de diciembre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"SE CONSIDERA PROBADO, que el acusado Víctor Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, en fechas no exactamente determinadas, pero que se pueden situar a partir del verano del año 2105 y hasta el mes de Octubre de ese mismo año, en las ocasiones en las que su nieto Leovigildo, nacido el NUM000 de 2009, quien contaba con seis años de edad, le visitaba en su domicilio sito en la PLAZA000 nº NUM001, de esta capital, le conducía a su habitación, encerrándose con el y, una vez a solas, se desnudaba, tumbándose en el suelo, al tiempo que le decía al niño que le tocara el pito y el culo, a lo que éste se negaba, tratando de salir de la habitación sin conseguirlo, conminándole el acusado a no decir nada a nadie, so pena de encerrarlo en un cuarto oscuro, sin que se haya acreditado que el acusado se masturbara en presencia del niño en tales ocasiones. Igualmente, el acusado aprovechaba también las visitas que le hacía su nieto Leovigildo a su domicilio para enseñarle en el ordenador que tenía en su habitación, fotografías de hombres y mujeres desnudos tumbados en el suelo, indicándole que él tenía que hacer lo mismo que lo que hacían ellos, conminándole también el acusado a no decir nada o le metería en un cuarto oscuro, sin que se haya acreditado que el acusado, realizara también los hechos descritos en el verano del año 2015, en la vivienda que tenía en la localidad de DIRECCION000 ni que, en una ocasión, entrara en la habitación en la que descansaba su nieto, se metiera con él en la cama y le tocara los genitales. A consecuencia de estos hechos, el menor ha precisado de asistencia psicológica, que continúa en la actualidad".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"PRIMERO.- Que debemos condenar y condenamos, a Víctor Manuel, como autor responsable de un delito intentado de abuso sexual continuado a menor de dieciséis años, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de acercamiento a su nieto Leovigildo a distancia inferior a 500 metros, y comunicar con él por cualquier medio, por tiempo de cinco años. SEGUNDO.- Que debemos condenar y condenamos, a Víctor Manuel, como autor responsable de un delito de exhibición de material pornográfico a menores de edad, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de acercamiento a su nieto Leovigildo a distancia inferior a 500 metros, y comunicar con él por cualquier medio, por tiempo de dos años. TERCERO.- Que debemos absolver y absolvemos a Víctor Manuel del delito de provocación y exhibición obscena, de que era acusado por la acusación particular. El condenado deberá abonar las 2/3 de las costas causadas en el presente juicio, con inclusión de las devengadas por la acusación particular en la misma proporción, siendo de oficio el 1/3 restante. Se impone al condenado cinco años de libertad vigilada, por el delito intentado de abuso sexual continuado y un año de libertad vigilada por el delito de exhibición de material pornográfico a menores de edad, para su cumplimiento posterior a la pena de prisión impuesta, concretándose las obligaciones y prohibiciones que procedan a propuesta del Juez de Vigilancia antes de finalizar el cumplimiento de la pena de prisión. Y para el cumplimiento de las penas impuestas, se abona al condenado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa".

La anterior sentencia fue recurrida ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que con fecha 29 de mayo de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Que debemos desestimar como desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Victor Manuel contra la sentencia dictada con fecha 21 de diciembre de 2018 por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid, debiendo CONFIRMAR como CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE la misma. Todo ello, declarándose de oficio las costas devengadas como consecuencia del presente recurso de apelación. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado, de conformidad con el art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta sentencia".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Victor Manuel**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Victor Manuel**, lo baso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del nº 2 del art. 849 L.E.Cr., al haber incurrido la sentencia recurrida en manifiesto error en la apreciación de pruebas documentales que obran en autos sin razonamiento alguno acerca de los particulares que éstas ponen de manifiesto.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim, lo que se traduce en infracción de Ley por indebida aplicación de los artículos 183.1 y 183.4.d) CP y de la inaplicación del artículo 16.2 CP en relación con el artículo 185CP.

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim, lo que se traduce en infracción de Ley por indebida aplicación del artículo 186 CP.

Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim, lo que se traduce en infracción de Ley por indebida aplicación del artículo 73 CP e inaplicación del artículo 8 CP en relación con los artículos 183.1, 183.4.d) y 186 CP.

Quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim, lo que se traduce en infracción de Ley por vulneración del artículo 62 CP en relación con los artículos 183.1 y 183.4.d) CP.

Sexto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim por infracción de Ley y en concreto la indebida aplicación del artículo 74 CP, toda vez que el conjunto de los hechos debe considerarse en todo caso como un único delito de abuso sexual de menores del artículo 183 CP en grado de tentativa y no como un delito continuado de esa naturaleza.

Séptimo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim por infracción de Ley al haberse vulnerado el artículo 183.4.d) CP, que ha sido improcedentemente aplicado al supuesto que nos ocupa de manera automática e injustificada.

Octavo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim, por infracción de Ley como consecuencia de la incorrecta aplicación, a la hora de determinar la pena, de los artículos 183.1 y 183.4 d), 62 y 74 CP.

Noveno.- Por infracción de ley, por vulneración de los artículos 58 y 59 C.P. en relación con los días que deben compensarse en relación con la pena impuesta.

Décimo.- Al amparo del artículo 850.1 LECrim, por cuanto se ha confirmado la negativa al acceso de una diligencia probatoria que no se ha tenido intención alguna de incorporar a las actuaciones desde la fase instructora y cuya incorporación a las actuaciones se ha solicitado en varias ocasiones, por cuanto no sólo era pertinente sino fundamental para la defensa.

Undécimo.- Al amparo del artículo 850.3 y 4 LECrim, por cuanto se ha vuelto a confirmar la negativa del Presidente de Ilma. Sala en primera instancia a formular a los testigos y peritos preguntas que eran plenamente pertinentes y de manifiesta influencia en la causa.

Duodécimo.- Al amparo del artículo 851.1 LeCrim, ya que en la Sentencia que se recurre no se expresan de forma suficientemente clara y terminante los hechos que se declaran probados y que sirven de justificación a la condena que se le ha impuesto al aquí recurrente y que se ha confirmado en apelación.



Décimo tercero.- El presente motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, y más en concreto del artículo 24.1 CE en su expresión de derecho a la tutela judicial efectiva.

Décimo cuarto.- El presente motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, y más en concreto del artículo 24.1 CE en su expresión de derecho a la tutela judicial efectiva.

Décimo quinto.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, debemos denunciar la vulneración manifiesta del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 CE, al haberse declarado probados unos hechos y condenado por unos delitos sin que exista prueba de cargo suficiente para ello.

Décimo sexto.- Se formula al amparo de los artículos 852 LECrim y 5.4 LOPJ porque se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia consagrado en los artículos 24.1 y 24.2 CE y a su inmediata conexión con el artículo 11 de la Declaración de Derechos Humanos, artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y todo ello con relación el derecho a ser juzgado en un proceso con todas las garantías de manera imparcial y a la tutela judicial efectiva.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, dándose igualmente por instruida la representación de la Acusación Particular, solicitando también su inadmisión y oposición, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 15 de junio de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de Victor Manuel , contra la Sentencia nº 107/19, de fecha 29-5-19, dictada en apelación por el TSJ de Madrid.

Hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;



d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Además, como señalamos en reiterada doctrina, esta Sala, entre otras, en la STS nº 293/2007 ya señalaba que "si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección".

En el presente caso el TSJ ha analizado con sumo detalle el proceso de racionalidad de la valoración de la prueba, no habiendo podido analizar y resolver, -y esto es importante, a la vista del contenido del recurso- aquellos motivos planteados en sede casacional que no han sido objeto de recurso de apelación previa preceptiva, con lo que queda vetada su alegación en sede casacional por haberse vetado e impedido la respuesta previa en apelación preceptiva antes de la vía casacional, porque la sentencia recurrida es la del TSJ, pero de aquellos extremos que, previamente, hayan sido expuestos ante el TSJ y sobre ello y la respuesta de éste es sobre lo que se articula la apelación, no sobre extremos nuevos no surgidos en el debate de apelación atacando ex novo la sentencia del tribunal de instancia.

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del artículo 849.2 LECrim, error en la apreciación de la prueba por la existencia en los autos de documentos que no resultan contradichos por otros elementos probatorios y que no han sido tenidos en cuenta por la AP, en un principio, y posteriormente el TSJM a la hora de establecer los hechos declarados como probados.

Hace referencia el recurrente a un correo electrónico por el que "sostiene que acredita que el aquí recurrente no tuvo acceso al menor en las fechas en las que se declaran probados los abusos y la exhibición de pretendido material pornográfico."

La mención del correo electrónico que se cita que no ha sido objeto de examen en la apelación deducida ante la sentencia del TSJ no altera el resultado de la valoración probatoria a diferencia de lo que pretende el recurrente.

No tiene relevancia alguna la existencia de ese correo electrónico que no arroja en modo alguno la aseveración que postula de que por esa alegación fuera imposible que los hechos hubieran ocurrido, ya que sobre ello pretende sostener que la declaración del menor es falsa, así como todo el material probatorio aportado al plenario.

Y hay dos razones para ello:

1.- En primer lugar, el periodo que consta en los hechos probados: a partir del verano del año 2105 y hasta el mes de octubre de ese mismo año.

2.- Los hechos se suceden en las ocasiones en las que se visitaba en su domicilio, por lo que en cualquier caso el alegato es irrelevante.

Pero lo más importante para desestimar la alegación, aparte su novedad, es que existe material probatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia y que contradice el documento que se cita por el recurrente.

Recordemos que señala esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 872/2016 de 18 Nov. 2016, Rec. 407/2016 que como es frecuente en las partes recurrentes de acudir a este amparo procesal de "error facti", existe una confusión sobre el alcance y posibilidades del motivo, que indirectamente se descubre de la formulación del mismo, cuando al invocar el artículo 24.1º y 2º de la Constitución y 120 del mismo cuerpo normativo están derivando la protesta a un motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.



Recordemos una vez más los condicionamientos jurisprudenciales de una reiterada y consolidada doctrina de esta Sala Segunda.

Para la prosperabilidad de un motivo de esta naturaleza (error facti) se requiere:

- A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.
- B) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. Sobre esta cuestión podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se entienden por tales aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma.
- C) Que el documento en sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.
- D) Que el supuesto error patentizado por el documento no esté a su vez desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración en conciencia de conformidad con el art. 741 L.E.Cr.
- E) Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el sumario o en el rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.
- F) Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del asunto, por lo que no cabe la estimación del motivo si este sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificarlo (STS. 765/04 de 14 de junio).
- G) A los anteriores, ha de añadirse, desde una perspectiva estrictamente procesal, la obligación que compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo - art. 855 L.E.Cr.- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02) pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la STS 332/04 de 11 de marzo, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del mismo que demuestren claramente la equivocación en la que se dice incurrió el Tribunal (STS 465/2004 de 6 de abril y 1345/2005 de 14 de octubre).

La esencia de este medio impugnativo tiene su base, como exponemos, es que, según lo expuesto por el recurrente en su exposición documental, para dotar a su contenido de valor a los efectos que nos ocupan es necesario efectuar una valoración de los mismos con abstracción de otras pruebas que obran en la causa, pero ello no es posible, porque, precisamente, el art. 849.2 LECRIM excluye la viabilidad del motivo si el documento que se cita queda contradichos con otros elementos probatorios, que es lo que en este caso ocurre. El documento carece, así, de poder demostrativo directo que altere todo el desarrollo expositivo de la sentencia del TSJ que analiza la prueba que se ha valorado.

En cualquier caso, dado que el recurrente construye el recurso en primer lugar por la vía del art. 849.2 LECRIM, que es motivo que debe exponerse entre los últimos en un recurso de casación por exigirse que, en su caso, se plantee antes el de presunción de inocencia, a fin de evaluar cuando se alegue la vía del art. 849.2 LECRIM si el contravalor del resto del material probatorio valorado tiene, o no, relevancia para anteponerse, o no, al documento o documentos que se puedan citar por el recurrente y comprobar si ese documento queda contradicho con el material probatorio aportado y valorado.

Es por ello, por lo que, aunque el recurrente expone el motivo de presunción de inocencia al nº 15 es preciso adelantarlo a este motivo para dar respuesta al mismo para luego hacer referencia a este fundamento jurídico.

De esta manera, hay que adelantar que el documento expuesto no tiene virtualidad alguna para alterar todo el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal de instancia y el efectuado, después, por el TSJ en cuanto al juicio de racionalidad de la valoración probatoria expresada por el Tribunal de instancia en su sentencia.

Así, recordemos cuál ha sido la valoración de la prueba llevada a cabo tanto por la Audiencia Provincial como por el TSJ.

Preconstitución de la declaración del menor en sede sumarial grabada y reproducida en el plenario:



Se efectuó la reproducción en el juicio del vídeo en que se grabó la exploración practicada en la fase de instrucción con todas las garantías y en presencia del Letrado del imputado y que ofreció total credibilidad al Tribunal destacando "la espontaneidad del menor, que aleja la posibilidad de haber sido sugerido, y prestarse sin vacilaciones, resultando ser congruente, estructurado."

Se añade por el Tribunal que existen otros elementos de Corroboración del mismo.

Declaración de la testigo Eufrasia

"Se dispuso así de la declaración prestada por la testigo Eufrasia , abuela paterna del menor, quien relató en el acto del juicio que cuando se encontraba en la calle esperando a que su nuera Inmaculada saliera de una consulta médica y estaba con su nieto Leovigildo , al pasar cerca de un vehículo vio una tarjeta en el limpiaparabrisas de las que se utilizan para ofertar servicios de prostitución y la cogió para tirarla, diciéndole Leovigildo que no lo hiciera porque le gustaban esas fotos, y que su abuelo Agustín se las enseñaba en su casa, por lo que se lo comunicó a su nuera, siendo todo ello lo que desencadenó la denuncia presentada. Igualmente ha contado este Tribunal con el testimonio de referencia de la madre del menor respecto a lo que éste finalmente le contó, siendo testigo directo respecto a lo que ella misma observó en relación con el comportamiento del niño tras suceder los hechos enjuiciados, destacando que tenía unos comportamientos que no eran normales para su edad, ya que se orinaba por las noches y no dormía, que tenía situaciones de ira y manifestaba algunos comportamientos de índole sexual como enseñar el culo e intentar tocarla un pecho."

"La testigo Eufrasia , abuela paterna del menor, declaró en el plenario que cuando estaba esperándole dijeron a Leovigildo que se iba a ir a DIRECCION000 , con sus otros abuelos, éste devolvió y no durmió, lo que le causó extrañeza."

Nótese que este es un dato importante, por cuanto en otro motivo se alega que lo exhibido al menor no era "material pornográfico" cuando ante el cariz de esas fotografías un niño menor de edad las reconoce y asocia a las que les enseñaba su abuelo, por lo que el asociacionismo respecto a "esas mismas fotos" que les enseñaba su abuelo debe integrar el material pornográfico que le es enseñado por el recurrente a su propio nieto.

Además, lo declarado por la abuela paterna es esencialmente relevante respecto a las "reacciones de contenido sexual" que un menor de tan reducida edad solo puede llevar a cabo o intentar si las ha presenciado antes en la forma y manera que consta en el relato de hechos probados.

Declaración de Ezequiel .

"Igualmente declaró el testigo Ezequiel , padre del menor, quien relató las manifestaciones que les efectuó su hijo respecto a lo sucedido con su abuelo y ratificó igualmente que su hijo, tras ello, comenzó a tener pesadillas y a orinarse en la cama, lo que no sucedía con anterioridad y notó comportamientos que eran inapropiados para su edad, como algún tocamiento a la persona que le cuidaba o comentarios en la playa "sobre las tetas que tenía una señora".

De nuevo, no se trata de una testifical aislada que note reacciones y comportamientos anómalos en un niño de la edad de la víctima, por lo que se asocia a los hechos que estaba sufriendo de forma lógica y coherente, siendo evidente el proceso deductivo al que con todo el material probatorio ha llevado a cabo el Tribunal.

Prueba pericial psicológica.

"Frente a las objeciones metodológicas o de formación de las peritos que opuso la defensa para cuestionar su carácter probatorio, a las se hará referencia mas adelante, acreditan, en el caso de la psicóloga Dña. Regina , que tras la entrevista que tuvo con el menor, observó que relataba situaciones de angustia vividas con su abuelo materno y que mostraba conocimientos de ámbito sexual que sobrepasaban los conocimientos propios de su edad, mostrando una sintomatología relacionada con una posible sobreestimación en el área sexual, síntomas de ansiedad, cambios bruscos en el estado de ánimo, regresiones en el control de esfínteres, confusión de roles familiares, alteración de los patrones de sueño, así como pesadillas recurrentes, entre otros, descartando, de otro lado, posibles manipulaciones adultas en su relato.

Por su parte, en el informe efectuado por la psicóloga Dña. Rosalia , ratificado en el juicio celebrado, se refiere que Leovigildo presenta un cuadro ansioso, que cursa con alteraciones en el sueño, en el control de esfínteres, temores, irritabilidad e inquietud, deduciendo de su relato, el prestado por sus padres y la evaluación de sus juegos y dibujos, que su sintomatología y conducta está relacionada con un abuso sexual al menor.

Y en el informe efectuado por la psicóloga Dña. Soledad y la trabajadora social Dña. Susana , adscritas a la Clínica Médico Forense, igualmente ratificado por sus autoras en el acto del juicio, se destaca que Leovigildo acude a terapia psicológica desde Diciembre de 2015."

Existencia del ordenador.



"El acusado, pese a las reticencias iniciales para admitir que tenía un ordenador portátil en su domicilio, terminó reconociéndolo, si bien alegó que en la fecha de la ocurrencia de estos hechos, verano de 2015, no lo tenía, lo que fue desmentido por su hija Purificación, que afirmó que su padre tenía el ordenador en su habitación, que estaba separada de la de su madre, ya que no dormían juntos, ratificando su marido Ezequiel la existencia de tal ordenador, así como los testigos Jon y Laureano, hijos del acusado, así como Clemencia, esposa del acusado."

Análisis de valoración de estos informes.

Sobre las quejas por el análisis valorativo de los informes señala el Tribunal que:

"Tampoco pueden dejar de valorarse las pruebas periciales practicadas en razón a las alegaciones de la Defensa cuestionando los informes efectuados por Dña. Regina y Dña. Rosalia por considerar que se trataban de informes clínicos y no forenses, así como su falta de cualificación profesional, por cuanto en el primero de los informes la perito ya expresó que el mismo tenía carácter meramente informativo, y fue realizado a petición de los padres del menor, por lo que nada impide que el Tribunal valore la sintomatología que se describe en el mismo presentaba el niño tras las entrevistas que la psicóloga mantuvo con los padres y el menor, y, en relación al segundo, lo cierto es que se trata de la psicóloga que sigue tratando profesionalmente al menor en la actualidad, por lo que su informe ciertamente es clínico pero ello no veda que sus conclusiones también pueden ser tenidas en cuenta por este Tribunal y confrontarlo con los demás informes emitidos, en la medida que aportan datos de conocimiento para el Tribunal sobre la víctima y si los mismos son coherentes con el resultado de otros medios de prueba pueden determinar, en conjunción con ellos, la prueba de un hecho".

"Las observaciones efectuadas por los *peritos psicólogos forenses propuestos por la Defensa*, D. Segismundo y Dña. Lina, respecto a los informes emitidos por las referidas psicólogas, cuestionando su metodología y capacitación, carecen de virtualidad al no tratarse de informes periciales sino clínicos.

Y en relación a los informes efectuados por los peritos de la Clínica Médico Forense, que igualmente se cuestionan en el informe pericial realizado a instancias de la Defensa, por su falta de rigor forense y absoluta subjetividad, hay que señalar que, respecto al primero de ellos, el relativo al reconocimiento del menor, se trata de un informe psicosocial, realizado tras llevarse a cabo diversas entrevistas con el menor y su familia, en el que únicamente se constata, como consideraciones forenses, que el menor acude a terapia desde hace un año y se ha evitado indagar, por las peritos, sobre la existencia de los presuntos abusos denunciados, estableciendo, como conclusiones de su informe, que en el estado psicológico del menor no se aprecian signos que pudieran ser compatibles con ninguna patología, y observándose únicamente un estado de ánimo ligeramente triste en el momento en que se alude a la relación con los abuelos, por lo que, con tales conclusiones difícilmente se acierta a comprender el reproche que se efectúa a tal informe, cuestionando su validez como medio de prueba."

Debemos hacer notar, porque existe una insistencia en el recurso en cuestionar el valor de la pericial antes referida, que es el tribunal el que valora el contenido de las pruebas periciales, que no exponen conclusiones jurídicas, sino de exposición de lo que perciben por su experiencia profesional tras examinar al menor. Es por ello, que el tribunal efectúa un proceso de valoración conjunto de la pericial. Y no se trata de una aislada, sino que ha existido una conjunción de conclusiones en orden a girar bajo el mismo enfoque determinante de considerar lo que el menor explicó y el ajuste a que lleva toda la prueba de que el recurrente perpetró los hechos tal cual se ha declarado probado; de ahí que las alegaciones del recurrente en torno a exigir presencia de un perito propuesto por la defensa en los exámenes, u otros alegatos relativos a estas pericias no pueden tener la virtualidad que se pretende por no existir un derecho de la defensa de fiscalización directa del momento en el que se elaboran las pericias, o los exámenes del menor. Quien lleva a cabo ese examen es el tribunal al momento de valorar las pruebas de las partes, pero no éstas respecto a la de la contraria.

Conclusión del Tribunal: "Ha de concluirse que se ha practicado prueba de cargo bastante y suficiente para la existencia del delito enjuiciado, en base a los hechos que han resultado acreditados en el acto del juicio oral.

Se estima suficiente la prueba practicada para la incriminación del acusado por el delito de exhibición de material pornográfico a menores de edad, que también le era imputado por las acusaciones."

Con respecto a la valoración del TSJ de la racionalidad de la valoración del tribunal de instancia se expone la relación de este proceso de análisis del TSJ, a saber:

Declaración del menor preconstituida

Pondera el Tribunal el resultado de la prueba preconstituida, que se reprodujo videográficamente en el acto del juicio oral, cuya nulidad no fue interesada al inicio de las sesiones por la defensa del acusado.

Recuerda el TSJ, al examinar la prueba tenida en cuenta por el Tribunal de instancia que "la reproducción en el acto del juicio oral de la prueba, a la que se accedió sin oposición, y practicada en la fase de instrucción con



todas las garantías y en presencia del Letrado de la defensa, permitió al Tribunal valorar la "espontaneidad del menor, que aleja la posibilidad de haber sido sugerido, y prestarse sin vacilaciones, resultando ser congruente y estructurado (su relato) y, por todo ello, verosímil".

"Y se citan como elementos de corroboración los ya expuestos por el Tribunal de forma motivada, tales como la declaración prestada por la abuela paterna del menor, doña Eufrasia, el testimonio de la propia Purificación, madre del menor, quien, efectivamente, confirmó el relato de doña Eufrasia."

Añade el TSJ que:

"Purificación comentó lo sucedido a su marido, don Ezequiel, padre del menor, quien confirmó también en el acto del juicio oral esos cambios de conducta que venía observando en su hijo, llegando a señalar incluso que en las referidas pesadillas, el niño llegó a expresar que veía un monstruo y que, finalmente, verbalizó que el monstruo al que se refería era su abuelo "Agustín". Ambos progenitores resolvieron, tal y como en la sentencia impugnada se explica también, llevar a su hijo a una psicóloga, Doña Regina, quien expuso que el menor mostraba una sintomatología relacionada con una posible sobreestimación en el área sexual, síntomas de ansiedad, cambios bruscos en el estado de ánimo, regresiones en el control de esfínteres, confusión de roles familiares, alteración de los patrones del sueño, así como pesadillas recurrentes, descartando la perito en su informe clínico, que le había sido solicitado por sus padres, posibles manipulaciones adultas de su relato."

De igual modo se cita por el TSJ a la perito la psicóloga doña Rosalía, quien también depuso como perito en el acto del juicio oral. Y señala el TSJ que:

"Explicó la perito, en primer lugar, que cuando en su informe había señalado que el menor atribuía la existencia de las conductas descritas a su abuelo "paterno", se trataba de un mero error tipográfico, precisando que el menor siempre se refirió a su abuelo "materno", Agustín. También esta perito explicó que en las entrevistas que había mantenido con el menor había realizado siempre preguntas abiertas, con el propósito de no intervenir o distorsionar el relato. A su juicio, se trataba de un relato "totalmente espontáneo", expresando el menor reacciones de tipo fisiológico, con hiper o hipoactivación al verbalizar determinados recuerdos, descartando la perito totalmente, a partir de su experiencia profesional, cualquier clase de manipulación del menor. Explica doña Rosalía que ha seguido tratando al niño y que lo sigue haciendo en la actualidad, una vez al mes aproximadamente. Y a preguntas de la defensa, tras reconocer que no está en posesión del P.I.R. (psicólogo interno residente), afirma que es especialista en intervención por trauma, precisando que no graba las sesiones que mantiene con menores de edad."

Es con este informe cuando se interpone la denuncia, por lo que se descarta toda fabulación ante el cúmulo de datos coexistentes que se van sumando, y para ello señala el TSJ que:

"Las peritos, doña Regina y doña Rosalía, admitieron siempre, como no podía ser de otra manera, que realizaron con relación al menor intervenciones clínicas y no estrictamente forenses, tratando de averiguar las causas de sus padecimientos y procurando corregirlos o mitigarlos. Pusieron sus conclusiones en conocimiento de los padres del niño y estos finalmente resolvieron interponer la correspondiente denuncia."

Añade a continuación el TSJ el resultado de la prueba del resultado del informe efectuados por el equipo psicosocial de la clínica médico forense, compuesto por una psicóloga, doña Soledad y por una trabajadora social doña Susana:

"Ambas peritos, naturalmente, declararon también en el acto del juicio oral. Como hemos tenido oportunidad de comprobar los miembros de este Tribunal, las peritos confirmaron haber redactado sendos informes, uno más general de carácter psicosocial y otro sobre la credibilidad que el relato del menor les ofrecía. El primero de ellos tuvo por objeto realizar un estudio del niño, en su entorno familiar y social, siendo advertida la existencia de un cierto grado de ansiedad (aunque las peritos admiten que no profundizaron mucho sobre este extremo). Destacan también que no apreciaron ninguna patología, más allá dónde que el menor presentaba un estado de ánimo triste o deprimido cuando se aludía a la relación con sus abuelos. Observan que se entrevistaron para la elaboración de este informe con el propio menor y con sus padres. Por lo que respecta al segundo de los trabajos elaborados, concluyen que, a su parecer, el relato del menor debe reputarse como "probablemente creíble" explicando que ésta es la calificación más alta acerca de la credibilidad que, conforme a los patrones convencionalmente aceptados en el ámbito forense, puede alcanzarse en esta clase de informes, destacando que el menor proporcionaba detalles aparentemente innecesarios, que su relato presentaba una elaboración consistente y confirmando también que apreciaban reacciones fisiológicas plenamente compatibles desde el punto de vista de la emotividad con lo que el menor describía (respiración acelerada, excitación) llegando a señalar que en una oportunidad hubieron de suspender la entrevista y tratar de que el menor se relajara. Explican las peritos que no apreciaron signo alguno de fabulación o fantasía por parte de Leovigildo."

Respecto a la "cuantificación del 90%" que señalaron en el informe del grado de fiabilidad señala el TSJ que:



"La defensa del acusado objetó que en la declaración prestada por estas peritos ante el instructor pudieran llegar a precisar que el relato del menor presentaba una credibilidad del 90%, señalando que ese grado de cuantificación resultaba inaceptable desde el punto de vista pericial (extremo que, además de ser conocido por la experiencia general, confirmaron también los peritos que depusieron en el acto del juicio oral a instancia de la defensa). A este respecto, doña Flora y doña Susana, explicaron que, efectivamente, estaban de acuerdo con esa objeción, añadiendo que, en realidad, en su informe califican el relato como "probablemente creíble", sin cuantificación específica alguna, que es la valoración adecuada y convencionalmente aceptada en estos casos. Aceptan, en definitiva, que desde luego no puede hablarse con precisión de un porcentaje cuantitativo, siendo la valoración que realizan de carácter cualitativo, y explican que si al tiempo de ratificarse en su pericia ante el instructor concretaron el grado de credibilidad en un 90%, fue un simple modo de hablar, ante la insistencia del instructor para que concretaran en una cifra lo "probable" que les parecía el relato del menor."

Resultado de la prueba de descargo

Respecto del informe de la pericia realizada a propuesta de la defensa, por los psicólogos forenses don Segismundo y doña Lina señala el TSJ que:

"Dicho informe tenía por objeto no la valoración directa del relato del menor sino el análisis de la adecuación científica de los informes emitidos por las mencionadas psicólogas, ... en el informe pericial emitido por los expertos que declararon a instancia de la defensa, nada se cuestiona acerca de la veracidad del relato de Leovigildo. Los peritos explican que, a su parecer, las conclusiones de los otros cuatro peritos que intervinieron en la causa "no tienen validez científica".

Pues bien, tras una cita del TSJ respecto de cuál fue la labor de esta pericial forense de la defensa, descartando que pueda dudarse el TSJ de la valoración llevada a cabo por los peritos que expusieron su informe señala el TSJ que:

"En cualquier caso, importa señalar que, incluso los peritos de la defensa afirman que es razonable descartar que los hechos procedan de una "mentira deliberada" aunque aseguran que no puede descartarse, en cambio, la existencia de una "falsa memoria".

Considera este Tribunal que importa tener en cuenta aquí que el objeto del juicio no es valorar la perfección técnica o científica de los informes periciales aportados a instancia de la acusación. Es cierto, desde luego, que cada uno de los peritos, preguntados acerca de este extremo, reconoce que el menor se ha visto impelido a sostener su relato ante diferentes profesionales y en distintas ocasiones, lo que resulta inconveniente desde el punto de vista de su posible victimización secundaria y, además, hace perder necesariamente al relato cierta espontaneidad o frescura. En este sentido, y como destacan los peritos de la defensa, la reiteración de los relatos que el menor hubo de protagonizar constituye, sin duda, un cierto "factor de influencia", que no puede ser despreciado al tiempo de proceder a la valoración de aquél."

Y añade el TSJ:

"El hecho cierto es que todas las especialistas que han tenido oportunidad de entrevistarse con el menor, coinciden en destacar que lo narrado por el mismo les impresionó como "probablemente creíble", en el sentido de descartar cualquier posible fabulación por parte de Leovigildo, punto de vista este que, como ya hemos señalado, comparten incluso los peritos de la defensa. Es verdad que estos observan que ello no excluye que el menor pudiera estar afirmando, sin pretender faltar a la verdad, lo que erróneamente cree recordar. Sin embargo, los peritos de la defensa se limitan a señalar factores que, en general, impiden descartar esa eventualidad. Pero ni afirman, evidentemente, que esos "falsos recuerdos" existan en este caso, ni tampoco explican en qué consistirían los aspectos que, en tal hipótesis, resultarían "falsamente recordados".

Partiendo de todas las consideraciones anteriores, entiende este Tribunal que lo relevante aquí es no perder de vista que la valoración del relato del menor es función que corresponde de manera exclusiva a los órganos jurisdiccionales."

Para concluir el TSJ analizando la racionalidad del discurso valorativo del Tribunal de instancia señala que:

"El Tribunal de primer grado, valiéndose de las aportaciones o auxilios clínicos o forenses, aportados por los diferentes peritos que intervinieron en el procedimiento, tuvo ocasión también, y muy principalmente, de presenciar por sí mismo el desarrollo de la prueba preconstituida que se reprodujo en el acto del juicio oral. Y también nosotros, tras observar el desarrollo de esa prueba, hemos de concluir que el relato del menor impresiona como veraz.

...



El Tribunal tiene en cuenta, además, que la totalidad de los peritos que han intervenido en esta causa coinciden en descartar que el menor esté fabulando o faltando a la verdad en la descripción de los hechos de una manera consciente o voluntaria y no aprecia, en definitiva, ninguna otra razón, para restar valor a la declaración prestada por la única persona que, junto al acusado, se encontraba presente al tiempo de producirse los hechos."

Con ello, el TSJ ha efectuado un extenso relato valorativo de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal y ha diseccionado con sumo detalle y pulcritud el análisis de las periciales llevadas a cabo, tanto las de la acusación como las de la defensa. Y es por ello por lo que se da respuesta a la comparación de las periciales y el depurado análisis que al efecto se requería para dar respuesta fundada a las conclusiones periciales tanto las de cargo como las de descargo, entendiéndose que la conclusividad del tribunal en torno a las pruebas periciales es racional y las pruebas están adecuada y suficientemente valoradas en relación a si el menor fabulaba o no, llegando a la conclusión el Tribunal de que, en base a las pericias, lo que relató el menor era cierto.

No es preciso que en la prueba preconstituida intervenga un perito de la defensa

Señala al respecto el TSJ que "la prueba preconstituida se efectuó en presencia de letrado de la defensa, sin protesta u objeción alguna por su parte, protesta u objeción que no se manifestó tampoco al inicio de las sesiones del acto del juicio oral y para la que, en realidad, ni había ni hubo nunca motivo de peso alguno."

Lo que se debe garantizar en estos casos es la debida contradicción y la presencia letrada, ya que esta no se garantiza con la presencia de un perito, porque la preconstitución de la declaración del menor en sede sumarial no es pericial, sino declaración del menor.

A estos efectos, el TSJ elabora una extensa y detallada argumentación con respecto a la forma en la que se debe llevar a cabo la exploración del menor en sede judicial, e indudablemente, no puede convertirse este acto en un cúmulo de presencias que altere la espontaneidad y tranquilidad con la que debe declarar el menor en un acto tan complicado y complejo para él, sobre todo a edades tan tempranas, cuando deben relatar actos tan execrables relacionados con ataques a la sexualidad de los menores que son, a su vez, ataques al desarrollo de su personalidad.

La preconstitución de la prueba en sede sumarial que evite una nueva victimización, en este caso, secundaria, ha sido reforzado recientemente en la Ley integral de protección de la infancia y la adolescencia contra la violencia, donde se han llevado a cabo algunas modificaciones que garantizan y evitan la victimización de los menores.

En este caso se han observado las garantías exigidas en la forma en la que se llevó a efecto la preconstitución de la prueba del menor y no estuvo alterada ni disminuida la contradicción de las partes en el proceso penal, habiendo estado presente el letrado del recurrente en la exploración del menor.

Señala, además, el TSJ al respecto en el FD nº 9 que:

"La práctica de dicha prueba preconstituida se efectuó con conocimiento y en presencia del letrado de la defensa, quien pudo observar el desarrollo de la misma, sin haber formulado, como ya ha quedado establecido, objeción alguna al respecto. Tuvo también la oportunidad de formular indirectamente, a través del instructor y por medio de la referida profesional, las preguntas que hubiera tenido por conveniente."

Análisis de la declaración del menor como prueba preconstituida

Señala el TSJ sobre el proceso de valoración de la declaración del menor en fase sumarial que:

"En dicha exploración, explicó Leovigildo, en síntesis, que tenía en ese momento 7 años, y estuvo departiendo con la psicóloga en algún momento sobre aspectos no relevantes para esta causa (relacionados con el colegio, con sus gustos o aficiones, etc.). Después explicó que su abuelo cerraba la puerta de su cuarto, que se metía en el baño, y que después salía "en pelotillas". Explicaba el niño que él quería salir de la habitación pero que su abuelo se lo impedía, amenazándole con encerrarle en un cuarto oscuro. Que después el acusado, al que se refiere como "Agustín", se tumbaba en el suelo, desnudo, y le pedía que le tocara "el pito y el culo". El menor incluso llega a señalar, con gestos, que su abuelo se tumbaba en el suelo, "se sujetaba la cabeza y estaba así" (llegando el menor a emular la postura). Precisa Leovigildo que la habitación tenía un baño interior y, tras dudar, señala que la puerta del baño estaba... a la izquierda, añadiendo que en la habitación había también un montón de armarios y "una cama gigante". También señala que su abuelo tenía un ordenador, que le enseñaba cosas, juguetes, señoras y señores "en pelotillas", concretando que se lo enseñaba en el ordenador y que los protagonistas de las imágenes "estaban desnudos, sin ropa", diciéndole después al niño: eso es lo que tienes que hacer."



Incluso se rechaza el alegato de posibles contradicciones en la declaración del menor respecto a si la puerta del cuarto de baño se encontraba a la izquierda o la derecha de la habitación del acusado o a si, los hechos que se declaran probados, se produjeron cuando éste había ido a recoger al niño de un determinado centro escolar o en otro momento.

Resulta evidente que la ubicación de la puerta es irrelevante y señala el TSJ que: "Respecto al segundo extremo referido, el propio acusado admite que en ocasiones había ido a buscar al niño al centro escolar y que, en otras muchas, el menor había estado en su casa, admitiendo que, en la natural relación familiar, habría oportunidades en las que estarían solos el abuelo y el nieto, resultando enteramente accidental o prescindible aquí si los hechos se produjeron, tras recoger el acusado su nieto del colegio o en otro momento."

Conclusión del TSJ del proceso valorativo llevado por el Tribunal de instancia

Señala el TSJ en el resumen valorativo del alcance del proceso llevado a cabo por el Tribunal que:

"Considera este Tribunal que la sentencia impugnada valora razonablemente la prueba practicada en el acto del juicio oral, alcanzando conclusiones, suficientemente motivadas en la resolución que se impugna, que no muestran la existencia de error alguno en la valoración de la prueba que, además, resulta bastante para enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia."

Alegato respecto de que los hechos pudieran haber sido cometidos por otra persona.

Descarta esta opción el TSJ ante la contundencia con la que se ha practicado la prueba y el proceso valorativo del Tribunal de instancia que es aceptado por el tribunal en sede de apelación ante el recurso formulado.

Y ante esta "alternatividad" en la autoría de lo que describe el menor señala el TSJ que:

"La defensa del acusado ha sugerido que los mismos abusos sexuales que el menor describe pudieron haber sido cometidos por otras personas distintas del acusado.

Es claro, sin embargo, que el niño identifica desde el primer momento con precisión y al margen de cualquier clase de duda, a la persona de su abuelo materno, al que se refería y se refiere siempre como " Agustín ", como el autor de los hechos que describe.

Pretende la recurrente ensombrecer esas conclusiones con distintos y, en cierto modo yuxtapuestos, argumentos relativos a que el menor pudiera haber sufrido esos mismos abusos a manos de otras personas y después, como consecuencia de la reiteración de su relato o por otras razones, atribuírselos indebidamente a su abuelo.

Así, se sugiere que el menor habría tenido problemas escolares determinantes incluso de un cambio de centro como consecuencia de conductas inadecuadas, argumentando que había sido visto por los profesores besándose con un compañero (cuando el niño tenía menos de seis años de edad).

Este hecho es desmentido radicalmente por sus padres, explicando que los cambios de centro escolar, que efectivamente se produjeron, obedecen a un traslado de domicilio familiar y no a ningún conflicto surgido en el colegio (resultó particularmente explícita a este respecto la explicación ofrecida en el plenario por el padre del menor).

También sugiere la recurrente que una cuidadora del niño, de nombre Vicenta , pudo haber abusado de él, pretendiendo que así se lo habría relatado en algún momento la madre del menor a alguno de sus familiares. Extremo nuevamente negado de forma radical por los padres del menor, y respecto del cual no existe otra prueba, lo mismo que de los pretendidos incidentes en el centro escolar, que las declaraciones de algunos familiares del acusado que aseguran que Purificación , madre de Leovigildo , se los habría relatado.

Niega el Tribunal que haya habido contradicción en las declaraciones del menor y que su versión no ha sido causada por motivos espurios. De suyo, no existen razones para ello, para que el menor pueda haber declarado lo que declara de hechos tan graves de un abuelo a su propio nieto, en un escenario familiar tan grave que afecta al menor y afecta, también, a la propia madre del menor, lo que puede suponerle una quiebra gravísima de la confianza que podía tener en su padre ante los hechos tan graves sufridos por su propio hijo."

Por otro lado, el TSJ analiza, también, la prueba de descargo aportada por la defensa en torno a la declaración de " Clemencia , esposa del acusado, que afirmó repetida y taxativamente que los hechos que se imputaban a su marido "no habían ocurrido", refiriéndose tanto a los relacionados con el menor Leovigildo (que son ahora los que aquí importan) como a los abusos que pudiera haber cometido sobre su hija Purificación . Observó al respecto doña Aurelia que ella se habría dado cuenta, de haber sucedido, toda vez que habría notado alteraciones psíquicas en su hija, siendo que nunca apreció nada relevante. Al mismo tiempo asegura,



en cambio, que su hija Purificación ha recibido asistencia psicológica y psiquiátrica de manera muy frecuente a lo largo de su biografía".

Expone el TSJ la versión de Jon, hermano de la madre del menor, pero sobre todo la de Candelaria, hermana también de Purificación, exponiendo que: "después de señalar que "siempre ha estado del lado de su padre y que tiene dos hijas que visitan a menudo a su abuelo", se vio obligada a reconocer, a preguntas de la acusación particular, que ella misma, después de contarle Purificación lo que había sucedido con su hijo, acudió al colegio de sus hijas para prohibir que le entregaran a su padre a las niñas, llegando incluso a facilitar una fotografía del mismo para que el centro escolar pudiera cumplir ese mandato. También reconoció esta testigo que en una ocasión su prima Elisa, respecto de la que Purificación afirmó que pudiera haber sido también objeto de abusos por parte del acusado, –hechos que, evidentemente, tampoco se enjuician aquí–, en una oportunidad le dijo "que se había sentido incómoda con su padre".

Pero después de exponer la versión expuesta por la prueba de descargo el TSJ apunta que:

"Desde luego, podemos comprender sin dificultad que la familia más inmediata del acusado, esposa e hijos, incluso su cuñada que también declaró en el acto del juicio oral, puedan tener incluso la creencia de que los hechos que aquí se enjuician no sucedieron; y también podemos entender que hayan decidido apoyar, por unas u otras razones, la posición del acusado. Pero es evidente, por los motivos que ya se han explicado, que desde luego ninguno de ellos se encontraba presente cuando se produjeron los hechos y que, además, por los motivos que también han quedado expuestos, han resuelto favorecer, en la mayor medida posible, a su padre, esposo o cuñado con sus respectivas declaraciones testificales. Algo debieron creer, al menos inicialmente, el relato de su hermana cuando, en particular Candelaria, dio menos que instrucciones explícitas al colegio en el que estudian sus hijas para que no permitieran recoger a las niñas al aquí acusado, llegando, incluso, a facilitar en el centro una fotografía del mismo".

Además, el TSJ incide en que no hay móvil espurio señalando que: "Descartado que el menor esté faltando la verdad en la narración de lo sucedido de manera deliberada (como descartan también todos y cada uno de los peritos que han depuesto en esta causa), que pudiera existir ninguna clase de "falsa memoria" o atribución a una persona tercera de hechos realmente sucedidos, ya fuera por influencia de alguna tercera persona adulta o por otras razones.

Desde luego, no se advierte ninguna clase de propósito espurio que directamente pudiera estar animando el relato del menor.

No existe, tampoco, razón de duda respecto a que la denuncia tuviera un propósito ajeno a contar la verdad de lo ocurrido.

Rechaza el TSJ en su sentencia que hayan existido razones espurias para presentar la denuncia. Nótese que es su entorno familiar quien lo hace. Pero, claro está, el del propio menor que es el suyo, pero que no quiere ocultar unos hechos tan graves como los que constan en los hechos probados, ya que el silencio de los atentados a la indemnidad sexual supone un incremento del peligro de reiteración de los actos incluso con otras víctimas del entorno de la persona que así actúa. La denuncia, como aquí ha ocurrido, es un mecanismo de autoprotección y un mecanismo de protección colectiva, a fin de evitar que se repitan estos actos con otras víctimas.

Por ello, tanto en los delitos de violencia de género, como en los delitos sexuales, como aquí ha ocurrido, el silencio es un *silencio cómplice* con el propio autor de los hechos, al amparar conductas reprochables penal y socialmente que en este caso se han declarado probadas por el Tribunal de instancia y con un cuidado y depurado análisis por el TSJ acerca de la racionalidad en la valoración de la prueba.

Así, con respecto a las dudas que se pueden plantear acerca del origen de la denuncia y las razones, señala el TSJ que:

"Es la abuela paterna, que ningún enfrentamiento o distanciamiento mantenía con el acusado, quien observa una conducta extraña en su nieto cuando éste le señala, desde ese primer momento, –10 que razonablemente invita a descartar la existencia de esa "falsa memoria"– que su abuelo Agustín le muestra fotografías o imágenes de contenido pornográfico y que, por eso, le pide que no se deshaga de una tarjeta de publicidad de un negocio de prostitución con imágenes. La abuela paterna le relata lo sucedido a Purificación y ésta lo pone también en conocimiento, naturalmente, de su marido. El padre del menor asegura también en el acto del juicio que el niño llegó a contarles parte del contenido de las películas que su abuelo le mostraba en el ordenador, habiendo sido cumplidamente acreditado que, en efecto, el acusado disponía en su vivienda de un ordenador portátil que, aunque situado en el comedor, en ocasiones observaba en su propio dormitorio. Y describe también el testigo, padre del menor, que se trataba, según su hijo le contó, de unas personas que viajaban en un autobús y que como hacía mucho calor se bajaban de él, se desnudaban, "y se ponían unos encima de otros".



Los padres hablan, lógicamente preocupados, con Leovigildo acerca de este suceso y como quiera que las manifestaciones del menor les parecen extremadamente graves, resuelven llevar al niño a una psicóloga, –que al parecer les aconsejó la que ya estaba tratando a Purificación y que, a su vez, le había sido recomendada a ella por uno de sus hermanos–, para que se entrevistara con el niño y emitiera una valoración clínica. Esta perito concluye que el relato del menor resulta plenamente creíble, no advirtiendo signo alguno de fabulación, y expresándose el niño con la natural resonancia emocional, presentando, incluso, signos fisiológicos coherentes cuando relata situaciones especialmente críticas. Y esa misma consideración la comparte la segunda psicóloga que realizó también entrevistas clínicas con el menor. Como igualmente es compartida por el equipo psicosocial adscrito a los juzgados y que se entrevistó con el niño.

No es dable, en estas circunstancias, que el relato de Leovigildo aparezca deliberadamente forzado o tergiversado por iniciativa de su madre. Más allá de que no se advierten razones para que así actuara, lo cierto es que los hechos tienen lugar o son conocidos con intervención de otras varias personas de las que no cabe predicar razonablemente ninguna clase de motivación secundaria (la suegra de Purificación, el padre de Leovigildo y los cuatro peritos a los que se acaba de hacer referencia); circunstancias, todas ellas, que también a juicio de este Tribunal, vienen a corroborar la veracidad del relato del niño, más allá de cualquier duda razonable".

Con todo ello, vemos que existe una sólida y contundente valoración de la prueba que se llevó a cabo tanto por el tribunal de instancia como por el proceso de revisión y análisis del TSJ ante el recurso de apelación planteado.

De esta manera, el documento aportado queda radical y absolutamente desvirtuado ante la suficiencia del material expuesto que determina que el mismo quede contradicho por todo el material probatorio como fija el art. 849.2 LECRIM, dando de igual modo por resuelto el motivo relacionado con la alegada presunción de inocencia que se expone más tarde por el recurrente en su recurso, pero que es preciso anticipar en su resolución al haberse estructurado el recurso comenzando con la vía del art. 849.2 LECRIM.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por infracción de ley (i): por aplicación del artículo 183.1 y 183.4.d) C.P. y del artículo 16.2 C.P., por inaplicación, en relación con el artículo 185 C.P.

Se plantean del nº 2 al 9 varios motivos por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM, debiendo recordarse, como sostiene el Fiscal, que en sede casacional no pueden plantearse motivos que no se hayan alegado en sede de apelación.

Pues bien, la propia sentencia del TSJ sostiene al comienzo en el FD nº 1 que:

"PRIMERO.- El recurso de apelación sostenido contra la sentencia dictada en la primera instancia por quien resultó condenado en ella como autor de sendos delitos de abuso sexual continuado a menor de 16 años, en grado de tentativa, y exhibición de material pornográfico a menores de edad, se estructura sobre la base de hasta ocho motivos, pretendidamente diversos, de impugnación, y que se presentan bajo los siguientes títulos, a saber:

Motivos de apelación expuestos en sede de TSJ

- 1.- Incongruencia y contradicción de la sentencia con hechos probados que determinan predeterminación del fallo.
- 2.- Quebrantamiento de normas y garantías procesales causante de indefensión por indebida denegación de medios de prueba en fase de diligencias policiales y de instrucción, lo que ha generado indefensión a mi representado.
- 3.- Quebrantamiento de normas y garantías procesales causante de indefensión por indebida denegación de medios de prueba en fase de juicio oral, lo que ha generado indefensión a mi representado.
- 4.- Denegación por el Tribunal de preguntas a los testigos que eran pertinentes y de manifiesta influencia en la causa, generando indefensión.
- 5.- Denegación por el Presidente del Tribunal a que varios peritos contestaran, en audiencia pública, a preguntas que eran pertinentes y de manifiesta influencia en la causa, generando indefensión.
- 6.- Denegación por el Presidente del Tribunal por capciosas, sugestivas o impertinentes, no siéndolo, de varias preguntas formuladas a testigos y peritos, a pesar de tener importancia crucial para el resultado de la causa, generando indefensión.



7.- Incongruencia de la sentencia al no resolver todos los puntos alegados por la defensa (se refiere la parte, señalando al respecto cinco ordinales, a: 1.- impugnación del informe psicológico de doña Rosalia ; 2.- Impugnación del informe psicológico de doña Regina ; 3.- Impugnación de la evaluación realizada por las peritos de la clínica médico forense el día 2 de diciembre de 2016; 4.- Impugnación del informe de credibilidad de las peritos de la Clínica Médico Forense; 5.- Impugnación de la prueba preconstituida).

8.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta."

En base a ello, hay que recordar que sobre la alegación en sede casacional de las denominadas "cuestiones nuevas" hay que señalar la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 21/2020, de 28 de Enero que señala que:

"1. Nuestra jurisprudencia tiene recogido que el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que las partes plantearon en sus escritos de conclusiones formulados en la instancia, sin alcanzar cuestiones nuevas que, pudiéndose haber planteado en tiempo, afloran en el trámite casacional sin poder ser discutidas en el plenario ni someterse a la debida contradicción. El recurso de casación se circunscribe así al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar las cuestiones que las partes le plantearon, sin que puedan formularse alegaciones ex novo y per saltum relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes, y que, por tanto, no aparecen expresamente razonadas y resueltas en la sentencia de instancia (SSTS 320/2018, de 29 de junio; 176/2018, de 12 de abril; 445/2010, de 13 de mayo; 344/2005, de 18 de marzo o 707/2002, de 26 de abril).

2. Tras la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre y, con ello, la generalización del sistema de doble instancia en la jurisdicción penal, se abrió la vía de la casación por motivo de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM respecto de sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, facultando así que la Sala Segunda del Tribunal Supremo pueda analizar el alcance de aquellos tipos penales cuyo enjuiciamiento es ordinariamente competencia de los Juzgados de lo Penal, lo que posibilita fijar doctrina jurisprudencial sobre la práctica totalidad de los preceptos del Código Penal.

A esta nueva realidad procesal le resulta igualmente aplicable la doctrina que se ha expuesto. Puesto que la decisión que se impugna es la sentencia dictada en apelación por las Audiencias Provinciales, el planteamiento ex novo de un motivo casacional con el que se discrepe de la sentencia de instancia, supondría emplear un instrumento establecido para evaluar la corrección de la resolución dada en segunda instancia, si bien proyectándolo a una cuestión jurídica sobre la que la sentencia impugnada guarda silencio, al ser una materia que no fue expresamente debatida por las partes.

3. En el mismo sentido, el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, después sustentado en reiterada jurisprudencia, define como requisito de admisibilidad del recurso de casación por infracción de ley contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, que la cuestión jurídica suscitada presente un interés casacional. En el acuerdo, el concepto de "interés casacional" se interpreta a la luz de la propia exposición de motivos de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que introdujo dicha vía impugnatoria en nuestra práctica procesal, de suerte que se entiende que existe interés casación: a) Si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) Si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y c) Si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Es evidente que la introducción ex novo de la cuestión sometida a la consideración de esta Sala impide que nos encontremos en cualquiera de los dos primeros supuestos que, conforme el referido acuerdo, conforman un interés casacional. La inexistencia de un pronunciamiento de la Sala de apelación sobre un aspecto no sometido a su análisis, impide que la sentencia impugnada pueda contener un posicionamiento que contradiga a la jurisprudencia de esta Sala, o que se pueda enfrentar a la interpretación normativa que haya realizado otra Audiencia Provincial. Y puesto que el debate tampoco viene referido a ninguna novedad legislativa, podría negarse que la infracción de ley que sostiene el recurso tenga el interés casacional anteriormente perfilado.

4. Es cierto que este criterio no es absoluto. La Sala, considerando que la inadmisión de motivos ex novo podría producir situaciones de patente indefensión y de indebida denegación de justicia, ha excepcionado dos supuestos en los que admitir el análisis y resolución de cuestiones nuevas: a) Cuando se trate de infracciones de preceptos constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión y b) Cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo, siempre que la infracción subsanable pueda ser apreciada sin dificultad en el trámite casacional y por cauce del artículo 849.1 LECRIM,



al recogerse en el inmutable relato fáctico de la sentencia impugnada todos los requisitos necesarios para la estimación de la pretensión. Se trata de supuestos en los que el relato fáctico recogido en la sentencia impugnada describe, de manera cerrada e incontrovertible, el sustrato histórico que indiscutiblemente conduce a la conclusión jurídica que se reclama; algo que, como se verá, no concurre en el caso impugnado."

También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 345/2020 de 25 Jun. 2020, Rec. 1366/2019 que:

"Emerge ahora, al examinar con detalle el recurso y sus antecedentes, otro problema de admisibilidad: se suscita una cuestión nueva en tanto no fue planteada ni en la instancia ni en apelación. No es ello posible, salvo supuestos marcadamente excepcionales. Lo impide la naturaleza revisora del recurso de casación. Lo que se recurre es la sentencia de apelación. Se analiza si ha acertado al resolver el recurso planteado. No pueden traerse a casación cuestiones que no han sido objeto de debate en apelación. No podemos revisar la decisión de la Audiencia sobre ese punto, sencillamente porque no ha adoptado ninguna decisión al respecto en cuanto el tema no le fue planteado. Eso comporta la inadmisibilidad del recurso.

Explica al respecto la STS 41/2020, de 6 de febrero: "En efecto, el recurso por infracción de ley contra sentencias dictadas en grado de apelación por las Audiencias Provinciales y que se regula en el artículo 849.1.b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, debe ser objeto de interpretación estricta, para que este Tribunal Supremo cumpla su función primordial de unificación de doctrina. La sobrecarga de recursos impediría el cumplimiento de esa función y la propia ley, al limitar el recurso al motivo del artículo 849.1 de la LECrim o al establecer la posibilidad de inadmisibilidad por falta de interés casacional, expresa de forma patente la exigencia de estos límites.

(...)

Esta pauta interpretativa es antigua y citaremos por su claridad la argumentación que sobre esta cuestión se hizo en la STS 707 de 26 de abril de 2002, en la que se puede leer: "Este criterio se fundamenta esencialmente en dos razones, una referida a los principios del proceso penal y otra a la naturaleza del recurso de casación, pero que están íntimamente relacionadas. Respecto de la primera se señala que la aceptación de cuestiones nuevas en la casación obligaría al Tribunal Supremo a decidir, por primera vez y no en vía de recurso, sobre temas que no fueron discutidos en el plenario ni, por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, no habiéndose sometido a la debida contradicción. Respecto de la segunda se argumenta que es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. En tal caso el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas".

Esa doctrina, clásica pero que adquiere nuevos perfiles y renovada aplicación ante la implantación de la segunda instancia en el orden penal, es reiterada, con más extensión y ciertas modulaciones, aquí no apreciables, en la STS 67/2020 de 24 de febrero:

"... La jurisprudencia ha venido insistiendo en la necesidad de que las cuestiones que se plantean en casación lo hayan sido anteriormente en apelación. Así decíamos en la STS nº 661/2019, de 14 de enero de 2020 que " la existencia de un recurso previo de apelación impone la exigencia de que las cuestiones que se plantean en el recurso de casación lo hayan sido antes en aquel. Dicho de otra forma, en el recurso de casación no podrán examinarse cuestiones nuevas no planteadas en la apelación cuando el recurrente pudo hacerlo". (En sentido similar, entre otras, STS 781/2017, de 30 de noviembre; STS nº 451/2019, de 3 de octubre; o STS nº 495/2019, de 17 de octubre).

La jurisprudencia había admitido dos excepciones a esta doctrina general. Así, esta Sala había reconocido la necesidad de arbitrar un cauce absolutamente excepcional para aquellos casos en los que se alegue infracción de derechos fundamentales y aquellos otros en los que el planteamiento de la cuestión no suscitada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia, pues en estos casos es la propia resolución judicial la que viene a permitir su análisis (cfr. SSTS 683/2007, 17 de febrero y 57/2004, 22 de enero).

Sin embargo, estas excepciones estaban pensadas para los casos en que no existía otro recurso que el de casación, lo que justificaba un ensanchamiento de los cauces propios del mismo, lo cual ya no aparece como necesario al generalizarse la apelación, permitiendo al recurso de casación recuperar su esencia.

De todos modos, la segunda de las citadas excepciones, especialmente, estaba referida a los casos en los que, no habiéndose alegado en el plenario, la concurrencia de una atenuante o de un subtipo atenuado o de



una circunstancia similar, resultara directamente de los hechos que el Tribunal había declarado probados la base fáctica que permitiría apreciar su concurrencia. Posición generalizable a cualquier otra alegación omitida que cumpliera esas exigencias. Así, el recurrente, aunque hubiera omitido indebidamente esa alegación en el plenario, podía reclamar en apelación la aplicación de aquello que resultara directamente de los hechos probados de la sentencia recurrida.

No ocurre así cuando ya existe un previo recurso de apelación. Esta alegación omitida en la instancia, es posible en ese recurso, pero si se prescinde de ella, como ocurre con cualquier otra en la apelación, nada justifica su planteamiento per saltum en casación.

...

No estamos ante una singularidad de la doctrina de esta Sala de casación, sino ante un tema transversal propio y característico de la teoría general de los recursos procesales, sea cual sea el orden jurisdiccional en que nos movamos.

Cuando coexisten dos escalones impugnativos (normalmente apelación y casación), al segundo solo podrán acceder las cuestiones que hayan sido objeto de debate en la instancia previa. Tal axioma constituye una derivación de la doctrina de la cuestión nueva en el ámbito de los recursos, campo donde además adquiere connotaciones más rígidas. A la segunda instancia puede llevarse todo lo tratado en el juicio de instancia de forma explícita o implícita. También cuestiones que no hubieran sido alegadas pero que han aflorado en la sentencia como consecuencia de la amplitud del conocimiento en esa instancia, marcado tan solo por los principios acusatorio, en materia penal, y de rogación o dispositivo en otros ámbitos. No en cambio aquellos temas novedosos que fueron silenciados sin razón alguna en la instancia.

Pero a un recurso posterior solo podrá acceder lo delimitado por la impugnación previa.

El recurso de casación penal en el régimen vigente se admite legalmente (dejando al margen casos excepcionales -v.gr.: aforados-) contra sentencias dictadas en apelación. En casación se ventila la corrección de la decisión del Tribunal de apelación. Ello, indirectamente, supondrá debatir sobre temas decididos primeramente en la instancia; pero no sobre todos, sino solo sobre aquéllos que hayan sido llevados a la apelación porque solo sobre ellos puede pronunciarse el tribunal ad quem. El resto de asuntos decididos y no cuestionados ni impugnados han de considerarse consentidos (*tantum devolutum quantum appellatum*). La apelación no es un nuevo juicio íntegro: su objeto es más limitado que el de la instancia. Está marcado por los contornos prefijados por el apelante -y, en su caso el impugnante adhesivo- en su recurso.

Si lo que se puede recurrir en casación es la sentencia de apelación (no la del Juzgado de lo Penal o, en su caso, la Audiencia Provincial) como recordamos continuamente, secuela revestida de una lógica aplastante y derivada de esa premisa será que no podrá introducirse per saltum lo que no fue objeto de examen por el Tribunal de apelación."

Pues bien, este alegato ya conllevaría a la desestimación de los motivos expuestos ex art. 849.1 LECRIM.

Pero, en cualquier caso, hay que recordar que cuando se expone un motivo por infracción de ley esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la practica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.



En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Pues bien, ante la necesidad de respetar los hechos probados de la sentencia debemos apuntar que estos señalan que:

"SE CONSIDERA PROBADO, que el acusado Victor Manuel , mayor de edad y sin antecedentes penales, en fechas no exactamente determinadas, pero que se pueden situar a partir del verano del año 2105 y hasta el mes de octubre de ese mismo año, en las ocasiones en las que su nieto Leovigildo , nacido el NUM000 de 2.009, quien contaba con seis años de edad, le visitaba en su domicilio sito en la PLAZA000 n° NUM001 , de esta capital, le conducía a su habitación, encerrándose con él y, una vez a solas, se desnudaba, tumbándose en el suelo, al tiempo que le decía al niño que le tocara el pito y el culo, a lo que éste se negaba, tratando de salir de la habitación sin conseguirlo, conminándole el acusado a no decir nada a nadie, so pena de encerrarlo en un cuarto oscuro, sin que se haya acreditado que el acusado se masturbara en presencia del niño en tales ocasiones.

Igualmente, el acusado aprovechaba también las visitas que le hacía su nieto Leovigildo a su domicilio para enseñarle en el ordenador que tenía en su habitación, fotografías de hombres y mujeres desnudos tumbados en el suelo, indicándole que él tenía que hacer lo mismo que lo que hacían ellos, conminándole también el acusado a no decir nada o le metería en un cuarto oscuro, sin que se haya acreditado que el acusado, realizara también los hechos descritos en el verano del año 2015, en la vivienda que tenía en la localidad de DIRECCION000 ni que, en una ocasión, entrara en la habitación en la que descansaba su nieto, se metiera con él en la cama y le tocara los genitales.

A consecuencia de estos hechos, el menor ha precisado de asistencia psicológica, que continúa en la actualidad".

Ante estos hechos probados la calificación de los hechos es la siguiente:

a.- Delito intentado de abuso sexual continuado a menor de dieciséis del art. 183.1 y 4 d) CP y 74 CP.

b.- Los hechos declarados probados resultan ser igualmente, constitutivos de un delito de exhibición de material pornográfico a menores de edad, previsto y penado en el art. 186 CP

Pues bien, el recurrente sostiene que se ha producido una aplicación indebida del artículo 183.1 y 183.4.d) CP e inaplicación, de un lado, del artículo 16.2 del mismo cuerpo legal, toda vez que el acusado siempre desistió voluntariamente de la ejecución y, de otro, del artículo 185 CP, en la medida en que los actos ejecutados reúnen todos los elementos del delito de provocación y exhibición obscena tipificado en este último precepto.

Los hechos probados en modo alguno describen un acto de desistimiento voluntario, sino el tipo por el que ha sido condenado, ya que el hecho probado señala que "encerrándose con él y, una vez a solas, se desnudaba, tumbándose en el suelo, al tiempo que le decía al niño que le tocara el pito y el culo, a lo que éste se negaba, tratando de salir de la habitación sin conseguirlo" sin aducir nada relativo a un desistimiento voluntario.

Sobre el desistimiento hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 637/2019 de 19 Dic. 2019, Rec. 1877/2018 que:

"El Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por:

a) realización de "hechos exteriores", es decir no meramente internos;

b) que implican comienzo de "directa" ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege;

c) que "objetivamente" esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir, y

d) que ese resultado no se produzca".

"Subjetivamente se requiere una resolución en el autor referida a la consumación del delito, sin la cual no concurriría el tipo del injusto de la tentativa".

"Ahora bien, a esos elementos ha de unirse un último requisito negativo: que el autor no haya evitado la consumación, porque en tal caso la responsabilidad penal, por la tentativa del hecho tipificado cuya ejecución dio comienzo, no sería exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Penal".



En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 77/2017 de 9 Feb. 2017, Rec. 1816/2016 se añade que:

"Mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concederse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria. Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo, que juega de forma distinta de la tentativa acabada, antigua frustración, aunque guarden entre sí elementos comunes. El culpable tiene intención de evitar el resultado lesivo y practica una conducta activa y eficaz para evitar ese resultado. Tiene de común con la frustración que en uno y otro supuesto se han realizado todos los actos que normalmente han de producir el delito. Nada tiene que ver con la tentativa o con el desistimiento en la tentativa, porque en estas situaciones no se agotaron todos los actos de ejecución. Y aunque este tema es académicamente polémico, independientemente de las elucubraciones científicas sobre el mismo, lo cierto es que cuando el ciclo del delito se ha cerrado totalmente porque la retroacción no ha sido eficaz o porque el impulso de arrepentimiento surgió "a posteriori", entonces claro es que no puede haber causa de exclusión de la pena, pero sí la apreciación de alguna circunstancia que mitigue de alguna manera la misma en compensación de la reacción anímica sufrida por el agente.

...

El tratamiento favorable que en el mismo se establece para el desistimiento del delito intentado responde a razones de política criminal. Según esta doctrina -conocida como teoría de la política criminal o del premio- la ley ha querido crear un motivo para que, en vista de la exención de la pena, el autor desista de su hecho, lo que constituye un claro objetivo de la política criminal. Otros autores sostienen (teoría de la culpabilidad insignificante) que el fundamento de esta norma se encuentra precisamente en la reducción de culpabilidad hasta lo insignificante, pues se apoya en una compensación basada en un *actus contrarius*. Finalmente, otra parte de la doctrina considera que, en el mismo, confluyen varios fundamentos: las apuntadas razones de política criminal y también la menor culpabilidad que implica la consideración global del hecho, con un significado inicial negativo que se compensa con un sentido positivo de la evitación del resultado configurador de la correspondiente figura penal".

Destaca también en este debate la mejor doctrina que el desistimiento puede ser:

- 1.- Desistimiento pasivo del autor (desistimiento propiamente dicho).
- 2.- Desistimiento activo del autor (arrepentimiento activo).
- 3.- Desistimiento activo de los partícipes.

El desistimiento activo del autor, para que produzca efectos extintivos de la responsabilidad criminal, es necesario que tenga lugar durante el desarrollo del iter criminis, y en todo caso, antes de la consumación. De lo contrario, el arrepentimiento, una vez consumado el delito, sólo dará lugar a la aplicación de las atenuantes del art. 21.4.º y 5.º del CP. Y es que, en efecto, el desistimiento exige el "detenimiento" del sujeto activo del delito en la consumación final del mismo y su interrupción "voluntaria", porque, técnicamente, no puede construirse el desistimiento con el delito consumado, ya que en su caso podría dar lugar a atenuantes de confesión o de reparación del daño causado, pero nunca la vía del art. 16.2 CP.

Criterios en orden a apreciar el desistimiento del art. 16.2 CP.

Con ello, vemos que los presupuestos que se exigen para la viabilidad exculpatoria del desistimiento son:

1.- Requisitos del acto de desistimiento:

a.- voluntariedad", que define su esencia dogmática. La voluntariedad del desistimiento, apunta la doctrina, representa la nota esencial del mismo, de tal manera que sólo cuando pueda afirmarse que el desistimiento ha sido voluntario la conducta típica, antijurídica y culpable del autor del delito intentado quedará impune. Incluso se añade que para que el desistimiento merezca ese perdón es necesario que no esté coaccionado, tratándose, además, de un desistimiento meritorio, lo cual sólo ocurrirá cuando sus motivos merezcan el reconocimiento del ordenamiento jurídico.

¿Cuándo será involuntario e impedirá su eficacia?

a.- Circunstancias sobrevenidas:



El desistimiento será involuntario destaca la mejor doctrina, cuando la renuncia a proseguir la ejecución responda a circunstancias sobrevenidas que impidan la continuación del plan trazado por el autor; cuando se haya producido un relevante incremento de las dificultades; y cuando los motivos del desistimiento ejercieron tal influencia en el proceso de formación de la voluntad que no permitieron otra elección.

b.- Imposibilidad de continuar la ejecución.

No son encuadrables dentro de la órbita del desistimiento todos aquellos supuestos en los que se desiste de la acción por la imposibilidad de continuar con aquélla, ya sea ésta real o no cierta (por ejemplo: todos los casos en los que no es posible la apertura de puertas, cerraduras o candados, por no ser bastantes los instrumentos utilizados para ello, o porque su utilización incrementaría el tiempo del hecho, y consiguientemente el riesgo), es decir, supuestos en los que concurre una imposibilidad física y material de continuar con la acción, ya sea ésta real, o como si era percibida por los sujetos como tal, aunque fuere incierta. En estos supuestos, el desistimiento no sería voluntario.

c.- El autor cree erróneamente que el objetivo delictivo se consiguió y cesa de continuar.

Tampoco tienen acogida, bajo la órbita del desistimiento, los supuestos en los que el agresor deja de golpear a la víctima en la creencia de que ya ha conseguido su propósito: tal situación nos llevaría al campo del error, y en consecuencia de la tentativa inacabada (36), pero en ningún caso estaríamos ante un desistimiento voluntario.

b.- La "eficacia" de la conducta que detiene el "iter criminis". No es válido cualquier desistimiento, sino solo el que es eficaz para detener la conducta delictiva.

c.- Requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito.

Y, con ello, dos notas:

a) La voluntad del autor y

b) la efectividad de su comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente.

El Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por:

a) realización de "hechos exteriores", es decir no meramente internos;

b) que implican comienzo de "directa" ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege;

c) que "objetivamente" esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir, y

d) que ese resultado no se produzca".

2.- Se trata de un "arrepentimiento activo", o acciones positivas tendentes a neutralizar los actos ejecutivos ya totalmente realizados, impidiendo con ello la producción del resultado, y la suficiencia de los meros actos omisivos, de interrupción de la ejecución del ilícito, para permitir la aplicación del repetido artículo 16.2 del Código Penal.

3.- No parece adecuado el tener que remontarnos a la calificación como "acabada" o "inacabada" de la tentativa homicida que aquí se enjuicia y, partiendo de ella, determinar el grado de exigencia aplicable al autor para poder afirmar la presencia del "desistimiento" del artículo 16.2.

4.- Si la causa directa de la no producción del resultado mortal no fue otra que la voluntaria interrupción por el agresor de los actos que hubieran podido causar la efectiva muerte de su víctima ha de considerarse concurrente el desistimiento, aunque omisivo, que exime de la responsabilidad por homicidio, aunque proceda la condena por las eventuales lesiones producidas.

5.- No puede utilizarse la tesis de la "tentativa acabada" para describir si puede haber, o no, desistimiento eficaz.

6.- Debe acudirse como criterio evaluable a la indudable voluntariedad del comportamiento omisivo unida a la evidente efectividad del mismo en orden a la evitación del resultado consumativo de la infracción, para afirmar con la necesaria solvencia la justificación y procedencia, en este caso, de la exención de responsabilidad penal por el delito intentado de homicidio.

7.- En el artículo 16-2 se describe la figura del desistimiento con gran amplitud y con vigencia para los dos tipos de tentativa, acabada o inacabada.

Cuando el texto penal no distingue para aplicar el desistimiento no debemos distinguir.



8.- La doctrina de esta Sala ha sido en casos de tentativa de homicidio voluntariamente desistida y eficaz, hace responder al agente solo del delito de lesiones –según la entidad de las mismas–, a pesar de que la inicial acción del agente estuviese motivada por una clara intención homicida.

9.- El Código Penal acude a la diferencia entre total o parcial ejecución solamente como criterio de individualización de la pena (artículo 62) pero no para configurar el comportamiento que exonera de la responsabilidad penal por el delito intentado.

10.- Mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concederse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria.

11.- Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo.

12.- Teoría de la política criminal o del premio. La ley ha querido crear un motivo para que, en vista de la exención de la pena, el autor desista de su hecho, lo que constituye un claro objetivo de la política criminal.

13.- El desistimiento necesariamente ha de ser definitivo y no equivaler a un simple aplazamiento o suspensión del iter criminis, para su reanudación posterior cuando se den circunstancias más propicias.

14.- Se exige espontaneidad o "propio impulso", o que responda a una voluntad movida de forma autónoma.

Con todo ello, entendemos que la conducta del autor fue voluntaria, cesó de modo eficaz y demostró con su conducta que habiendo podido continuar no lo hizo y cesó en su hacer ilícito, sin perjuicio de incardinar lo ya actuado en el delito consumado de lesiones por el art. 148 CP. La redacción de los hechos probados conlleva una aplicación técnica del desistimiento que es inmodificable, como se ha expuesto, en perjuicio del reo y con nueva redacción del hecho probado.

15.- En cuanto al desistimiento en el partícipe la mejor doctrina exige que:

a.- En el caso en que el partícipe no haya realizado aún todo cuanto debía realizar según el plan del delito, el desistimiento requiere que interrumpa su aporte, que no continúe en la contribución al hecho.

b.- Cuando el partícipe realizó ya completamente su contribución al hecho, debe neutralizar el aporte ya realizado.

c.- Sin embargo, no basta con la retirada del propio aporte para la exoneración de pena, sino que la ley requiere la evitación del hecho en su totalidad, o, al menos, que se intente impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, es decir, debe esforzarse firmemente en disuadir a los demás de consumir el delito, realizando todo aquello que le fuere exigible, en atención a las circunstancias del caso, para evitarlo.

d.- El desistimiento, como causa personal de anulación de la pena, sólo favorece al partícipe que desiste, no a otros intervinientes, los que, si quieren merecer la impunidad, deben desistir por su parte.

e.- El deseo de uno de los partícipes en el hecho de desistir o de evitar la producción del resultado puede ser intrascendente si los demás continúan con la ejecución, o bien incluso puede suceder que los demás se opongan activamente a ese pretendido desistimiento, pero la ley penal tiene que poder valorar esa conducta, pues evidentemente se ha producido un cambio sustancial en su significación, en su desvalor.

16.- Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002:

"La interpretación del art. 16.2.º CP que establece una excusa absolutoria incompleta, ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el iter criminis, pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen".

En el presente caso no se dan los requisitos del desistimiento del art. 16 CP. No consta en los hechos probados actuación voluntaria de no seguir, sino que el recurrente pretende la ejecución del acto y lleva a cabo todos los precisos, pero es el menor el que se niega a ello. No hay desistimiento voluntario del recurrente.

No consta en los hechos probados que el recurrente se aparta libre y voluntariamente de concluir los hechos. En modo alguno se habla de un desistimiento libre y voluntario, sino todo lo contrario, de haber podido se



hubiera ejecutado. Se hicieron los actos suficientes para poder llegar a su ejecución, pero el menor se negó, tratando de salir de la habitación sin conseguirlo. No se deja de concluir el acto sexual por su voluntad sino por un hecho externo a él.

En segundo lugar hay que señalar que lo que postula el recurrente es que: *De todo lo anterior se sigue que, caso de estimación del presente motivo de recurso, los efectos en relación con la Sentencia serían los de casar la Sentencia recurrida, dictando en su lugar otra por la que se absolviera al acusado del delito continuado de abuso sexual en grado de tentativa por el que ha sido condenado y se le condenara, como autor de un delito de provocación y exhibición obscena del artículo 185 CP :*

1º *A la pena de doce (12) meses de multa o de seis (6) meses de prisión.*

2º *O, alternativamente, a la pena de veinticuatro (24) meses y un (1) día de multa o un (1) año y un (1) día de prisión, si se aprecia la figura del delito continuado, teniendo en cuenta que el delito continuado de abuso sexual de menores viene así mismo castigado con la pena determinada e individualizada en la mínima extensión posible.*

En modo alguno es ello posible. El recurrente ha sido condenado por la vía del delito intentado de abuso sexual continuado a menor de dieciséis del art. 183.1 y 4 d) CP y 74 CP en base a los hechos probados, lo que no permite que se sancione la conducta por la vía del art. 185 CP, que sanciona *al que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.*

La conducta del recurrente se ubica acertadamente en la vía del art. 183 CP como intentos de llevar a cabo actos de contenido sexual palmarios y evidentes ante los que el menor se negó, aunque el recurrente puso todos los medios posibles para llevar a efecto el acto sexual de una forma absolutamente execrable y reprochable penal y moralmente y con su propio nieto. No se trata de meros actos de exhibición obscena ante menores de edad, sino de un intento claro y evidente de llevar a cabo "actos de contenido sexual". No olvidemos que los hechos probados señalan que los actos se llevaron a cabo: *encerrándose con él y, una vez a solas, se desnudaba, tumbándose en el suelo, al tiempo que le decía al niño que le tocara el pito y el culo, a lo que éste se negaba.*

Está correctamente tipificado en el art. 183, no siendo posible trasladarlo al pretendido art. 185 CP.

No se trató, tan solo, de actos de exhibición obscena ante menores de edad. El objetivo y el dolo del recurrente lo era con respecto a la ejecución de actos de contenido sexual con el menor. Esa era la intención y no la degradación punitiva que propone el recurrente. El resultando de hechos probados lo declara con claridad.

El recurrente modifica los hechos probados, lo que está vetado por la vía del art. 849.1 LECRIM con independencia de lo ya expuesto al comienzo de este FD.

El desistimiento eficaz no existe, sino que se trata de una negativa del menor a llevar a cabo los actos que le propone el recurrente. Señala, por ello, el art. 16 CP que *1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.*

Y es que, en efecto, los actos que pretendía llevar a cabo el recurrente no se llegan a ejecutar por causas independientes al mismo como constan en los hechos probados. No se trata de un desistimiento voluntario y eficaz del recurrente, sino de la interrupción motivada por negativa del menor.

Hay tentativa, no desistimiento. Como hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 629/2004 de 13 May. 2004, Rec. 1114/2003: "De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16.1 del Código Penal hay tentativa desde que el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado."

Respecto a la modificación de la condena propuesta de tentativa del art. 183 CP por la del art. 185 CP no es posible el cambio planteado, ya que los actos declarados probados constituyen el delito del art. 183 CP en grado de tentativa, no de meros actos de exhibición obscena ante menores de edad, ya que los actos de ejecución a los que dio inicio el recurrente eran los del art. 183 CP, no de mera exhibición obscena, por cuanto el resultado que pretendía de su nieto era realizar actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, no de mera exhibición obscena. Esto es lo que se declara probado.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por infracción de ley (ii): vulneración del artículo 186 C.P.



Con independencia de lo ya expuesto respecto a la introducción de extremos y motivos no planteados en sede de apelación ante el TSJ que hacen inviable su planteamiento en sede casacional, el recurrente sostiene que respecto de la condena por el art. 186 CP "se ha aplicado sin que resulten acreditados todos los elementos del tipo y, en concreto, el carácter pornográfico de las imágenes, con el subsiguiente error en la subsunción en la aplicación de dichos preceptos."

Sin embargo, el motivo no puede prosperar por cuanto olvida y altera el resultado de hechos probados que señala que:

"Igualmente, el acusado aprovechaba también las visitas que le hacía su nieto Leovigildo a su domicilio para enseñarle en el ordenador que tenía en su habitación, fotografías de hombres y mujeres desnudos tumbados en el suelo, indicándole que él tenía que hacer lo mismo que lo que hacían ellos, conminándole también el acusado a no decir nada o le metería en un cuarto oscuro".

La relación de este apartado con el anterior es evidente, habida cuenta que la conducta previa del recurrente en cuanto al relato previo era la de llevar a cabo conductas similares a las que ya había intentado con el menor llevando todos los actos conducentes hacia ello, como consta en el primer relato de los hechos respecto a *encerrándose con el y, una vez a solas, se desnudaba, tumbándose en el suelo, al tiempo que le decía al niño que le tocara el pito y el culo, a lo que éste se negaba, tratando de salir de la habitación sin conseguirlo, conminándole el acusado a no decir nada a nadie, so pena de encerrarlo en un cuarto oscuro.*

La posición del recurrente era evidente en relación a la exhibición de ese material a un niño de 6 años que, además, era su nieto, y con el que había llevado a cabo actos tan execrables en un periodo, además, repetitivo de conductas de desnudarse y decir a su propio nieto que le tocara sus partes sexuales, negándose el menor, para a continuación, en otras ocasiones, *enseñarle su ordenador, indicándole que él tenía que hacer lo mismo que lo que hacían ellos, conminándole también el acusado a no decir nada o le metería en un cuarto oscuro.*

La gravedad de los hechos es tan evidente que toda esta serie de actos repetitivos provocó una reacción tal en el menor que es la que ha sido descrita de forma repetitiva en la valoración de la prueba que ha relatado el tribunal de instancia y analizado de forma detallada el TSJ en su extensa y prolija sentencia de valoración del proceso de racionalidad llevado a cabo por el Tribunal de instancia.

Resulta evidente el contenido intencional pornográfico de la exhibición a un menor de edad, de nada menos que de seis años, y, para mayor gravedad, su propio nieto, a escondidas y en su propio domicilio, a espaldas de sus padres, obviamente, ofrecerle y exhibirle unas imágenes de *hombres y mujeres desnudos tumbados en el suelo, indicándole que él tenía que hacer lo mismo que lo que hacían ellos, conminándole también el acusado a no decir nada o le metería en un cuarto oscuro.* Todo ello relacionado con los intentos de llevar a cabo las prácticas sexuales declaradas probadas antedichas.

Es, así, evidente, el contenido pornográfico de la exhibición de unas imágenes en el contexto declarado en los hechos probados a un menor de edad y en las condiciones expuestas en el desarrollo histórico de los hechos. Todo ello conjugado con el elemento intencional y finalístico de la exhibición de esas imágenes, con un fin perverso y execrable manifestado en toda la prueba practicada y relatada con detalle por el TSJ en su sentencia.

Ese material pornográfico se desprende de las referencias que ya hemos señalado en el FD nº 2 en relación a las reacciones del menor ante su propia abuela paterna, sino del contexto propio de los hechos en que se produce la exhibición y en el puro y claro objetivo del autor cuando expone al menor de edad, su propio nieto, "tú debes hacer lo mismo", con clara intención, pues, de llevar a cabo prácticas de contenido sexual ya declaradas probadas. No otro era el objetivo del recurrente con esa manifestación y con ese comentario. La exhibición no era baladí o simple. Estaba ubicada en un claro objetivo relacional con lo ya ocurrido, siendo relevante la frase que el menor expone y queda probada respecto a que él debía hacer lo mismo que hacían los hombres y mujeres que les exhibió desnudos en su propio ordenador. Todo ello conlleva la admisión del concepto de "material pornográfico" expuesto en el tipo penal.

El contexto en el que se producen los hechos evidencian que la exhibición lo es de material pornográfico y en un ámbito, además, finalístico e intencional de ejecución de conductas sexuales por el menor con el mismo recurrente como ya había pretendido y queda probado. Los actos son sumamente graves y atentatorios al desarrollo de la personalidad del menor a quien su propio abuelo le lleva a exhibirle ese material y a postular de él la ejecución de esas conductas con su propio abuelo.

Tan evidente era ese fin que el propio recurrente reconoce en el motivo 4º que: *La sola lectura de los hechos declarados probados resulta suficientemente expresiva de que la exhibición de material pornográfico al Menor forma parte o se integra entre los actos llevados a cabo para lograr la ejecución del delito de abuso sexual de menores del artículo 183 CP.*



Resulta evidente el material pornográfico exhibido cuando el propio recurrente, también, reconoce en el motivo 4º que:

1º La exhibición del material pornográfico en el ordenador se produjo con ocasión de las mismas visitas en las que tenía lugar la tentativa del abuso sexual.

2º Las fotografías exhibidas eran de hombres y mujeres desnudos tumbados en el suelo; y, téngase presente, el acusado también se tumbaba en el suelo desnudo.

3º Al exhibir las fotografías, el acusado le decía al Menor que tenía que hacer lo mismo. Es decir, la exhibición de las fotografías precedía a la solicitud de que el Menor le tocara el pito y el culo.

4º La exhibición del material se produce integrada en los actos de abusos sexual, es decir, en el mismo lugar y tiempo, con ocasión de los actos de abusos, constituyendo un acto unitario.

Ello con el elemento finalístico que se sostiene de contenido sexual, pero no aceptando en el motivo siguiente el planteamiento que formula, ya que se trata de conductas diversas en concurso real, y no en una unidad de acción sancionando por un solo delito.

Por otro lado, a la hora de determinar la referencia a la acción por la que se le condena por el segundo delito de los hechos probados relativo a "exhibir material pornográfico", destacar que se trata de actos de "exhibición típicas se hagan por cualquier medio "directo", como marca la doctrina y los hechos probados describen esta exhibición se llevó a cabo *para enseñarle en el ordenador que tenía en su habitación, fotografías de hombres y mujeres desnudos tumbados en el suelo, indicándole que él tenía que hacer lo mismo que lo que hacían ellos, conminándole también el acusado a no decir nada o le metería en un cuarto oscuro.*

Existe, así, la necesaria la confrontación directa entre el material pornográfico y la víctima mediante la exhibición de las fotografías de hombres y mujeres desnudos interpelando al menor que hiciera lo mismo que hacían ellos, en relación evidente a conductas sexuales, a tenor de las reacciones del menor que posteriormente son detectadas, entre otros, por su abuela paterna y el padre del menor, como se ha expuesto.

El carácter del material pornográfico tiene que ir dirigido a la sexualidad propia, en este caso del menor, si se declara probado en el conjunto del material probatorio que se integra en ambas modalidades llevadas a ejecución por el propio recurrente. Y no se trata solo de una mera desnudez, sino de actos propios de contenido sexual, como son los que se describen en este caso, quedando embarcado todo ello en el carácter intencional del sujeto autor del delito por el carácter de la intención que, en todo caso, llevaba consigo en torno a la afectación de la propia sexualidad del menor.

Así, señala la doctrina que el concepto de material pornográfico debe ser interpretado en relación con la rúbrica del Capítulo IV, como un medio de provocación sexual, siendo indiferente, en principio, la forma que adopte. Este material pornográfico puede ser en forma de escritos, fotografías, representaciones de cine, teatro, televisión, vídeo, etc. Se añade que se entiende la exposición o representación gráfica de carácter obsceno que se dirige a la excitación del impulso sexual, comprendiendo todas las formas de manifestación de la comunicación y puede decirse que ha quedado liberalizada, sea cual sea su contenido, salvo en la difusión a menores o incapaces. También se añade que pornográfica es la producción literaria o artística de contenido lúbrico u obsceno, que pretende reproducir vivencias reales en los sujetos que tienen acceso a la misma, que en este caso serán los menores. Dicho esto, el conjunto de los actos descritos en el conjunto de las acciones descritas y el elemento finalístico que se expresa en los hechos probados evidencian tanto los actos de contenido sexual relacionados para reflejar cuál era la intención del autor y la intención real adicional con la exhibición del material pornográfico que lleva a cabo en ese conjunto que ideaba el sujeto autor, ya que lo que se expresa probado en relación a la conducta del recurrente indicándole al menor *que él tenía que hacer lo mismo que lo que hacían ellos, conminándole también el acusado a no decir nada o le metería en un cuarto oscuro.* Esa intención evidente permite asumir la existencia del material pornográfico que se exige en el tipo penal por el que es condenado.

La pretensión del recurrente con esa conducta era la de la "excitación sexual" del menor, a fin de vencer la voluntad del mismo y poder acabar ejecutando los actos de contenido sexual que era la verdadera intención del recurrente, y para ello articula la exhibición de las fotografías obscenas para coadyuvar a su verdadera intención de contenido sexual.

Adiciona, también la doctrina que el "material pornográfico" debe ser, de algún modo, idóneo para producir algún daño en el desarrollo de la personalidad de menores, o personas inmaduras o incapaces de un cierto control de sus instintos sexuales, apoderándose de su "dominio" para ese fin sexual evidente que se verifica a priori por la exhibición del contenido de imágenes sexuales.

El motivo se desestima.



QUINTO.- 4.- Por infracción de ley (iii) vulneración de los artículos 8 y 73 C.P. en relación con la aplicación de los tipos previstos en los artículos 183.1, 183.4.d) y 186 C.P.

Se vuelve a incidir en el planteamiento de cuestiones y motivos no expuestos en sede de apelación ante el TSJ con los límites ya expuestos en orden al planteamiento de cuestiones nuevas en sede casacional que hacen inviable el motivo.

Se refiere por el recurrente que "se han vulnerado los artículos 8.3 y 73 CP en tanto se ha condenado a mi principal por dos delitos de abuso sexual agravado y continuado (artículo 183.1 y 183.4.d) CP) y de exhibición de material pornográfico a menores (artículo 186 CP) aplicando las reglas del concurso real de delitos prevista en el artículo 73 CP en lugar de la regla del concurso de normas recogida en el artículo 8.4 CP".

Sostiene el recurrente que *el de abuso sexual, en cuanto que delito más grave (aunque se trata de tentativa y no de delito consumado) debe absorber al de exhibición de material pornográfico.*

Plantea que, en su caso, que "los hechos probados deben tratarse como un solo delito, y no dos, cuando se ha declarado probado que las conductas se llevan a cabo por separado. No se refiere una unidad de acción."

Debe desestimarse el motivo expuesto. Se trata de dos conductas diferenciadas que no permiten aplicar la absorción pretendida. La unidad de acción que predica el recurrente no consta en los hechos probados, sino que el Tribunal los ha enmarcado de forma separada y aislada, y ello es lo que impide aplicar lo que postula el recurrente de una progresión delictiva, al referirse el tribunal a dos episodios separados y no unidos en ámbito temporal. No consta probado, y no lo recoge así el relato de hechos probados que, como propone el recurrente, "cabría inferir que la exhibición de material pornográfico se producía inmediatamente antes de la solicitud de tocamientos formulada por el abuelo a su nieto."

El concurso de normas que se pretende, omitiendo la conducta probada y aislada en los hechos probados de exhibición de material pornográfico, no puede admitirse dejando al margen ese hecho probado, como propone el recurrente, y que agrava su conducta en los hechos reiterados que constan, con un ataque doble al menor con la ejecución de lo actos dobles que describe el resultado de hechos probados.

Así, la exhibición de material pornográfico al Menor no forma parte ni se integra entre los actos llevados a cabo para lograr la ejecución del delito de abuso sexual de menores del artículo 183 CP. Se trata de dos actos independientes en tiempo y acción.

Como recuerda la STS. 342/2013 de 17 de abril, "el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo)".

En este caso la imposición de una sola de las penas impuestas no colmaría toda la antijuridicidad de las actuaciones llevadas a cabo por el recurrente, lo que impide que se pene solo por una de ellas, porque el despliegue dual delictivo impide el concurso de normas que se propone sin que exista acreditada una unidad de acción por la separabilidad expositiva relacionada en los hechos probados a la hora de relatarlo, pese a que el recurrente lo integre en la misma y permanente unidad de acción en ambas modalidades. El relato de hechos probados está relacionada de forma separada para concretar que en visitas que hacía al domicilio también aprovechaba para la exhibición de material pornográfico, pero sin que en esa continuidad delictiva se integraran siempre y en cualquier caso como unidad de acción los intentos de ejecución de actos sexuales y la exhibición de material pornográfico.

El planteamiento que propone el recurrente de absorción, "haciendo desaparecer del ámbito punitivo" la conducta de exhibición de material pornográfico al modo de la pretendida progresividad delictiva es inadmisibles, por cuanto amparado el motivo en la vía del art. 849.1 LECRIM no es eso lo que se desprende de los hechos probados, sino el aislamiento de conductas. En cualquier caso, el TSJ no pudo analizar este extremo al no haberse planteado en sede de apelación, como se ha expuesto.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Por infracción de ley (iv): transgresión del artículo 62 C.P. en relación con los artículos 183.1 y 183.4.d) C.P.



Se vuelve a incidir en el planteamiento de cuestiones y motivos no expuestos en sede de apelación ante el TSJ con los límites ya expuestos en orden al planteamiento de cuestiones nuevas en sede casacional que hacen inviable el motivo.

Entiende el recurrente que "en caso de mantenerse la calificación jurídica de los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual de los artículos 183.1 y 183.4.d) CP en grado de tentativa, se habría vulnerado el artículo 62 CP al haberse rebajado la pena en un (1) grado en lugar de dos (2)."

Pues bien, debe reiterarse que el planteamiento de la cuestión es ex novo, como ya ha quedado manifestado ante motivos que no fueron planteados ante el TSJ y que hacen inviable sostenerse en sede de apelación, pero no puede prosperar tampoco la rebaja que postula de la pena en dos grados, ya que los hechos son graves, como se ha explicado al suponer una grave afectación al desarrollo de la personalidad del menor en el componente sexual que tiene esta conducta desplegada por el recurrente sobre el menor con una conducta que compromete al mismo en sus actuaciones, como se comprobó al detectarse las reacciones que estaba teniendo el menor, prueba evidente de la grave afectación personal que ello le provocaba y el confusionismo derivado de los hechos tan graves que el mismo, dada su corta edad, no puede comprender en ningún caso.

No puede, por ello, degradarse la gravedad de unas conductas que son sumamente graves y que integran una afectación al menor, como fue probada ante la reacción que acabó provocando la interposición de la denuncia por su propia familia.

Estaba clara la intención del autor que era reduplicada con dos tipos de conductas y la gravedad de los mismos no puede merecer la rebaja que se propone y que se sitúa en el grado aplicado por el Tribunal como respuesta y reproche penal proporcional a la gravedad de unos hechos que intenta minusvalorar el recurrente, pero que han sido ya explicitados.

No es posible la rebaja que se propone en dos grados de la penalidad, ya que en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuridicidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca).

Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

1. En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.
2. En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.
3. En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuridicidad del grado de culpabilidad) y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.
4. Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Estos parámetros deben aplicarse en el presente caso existiendo una debida proporcionalidad entre la pena impuesta y la gravedad de unos hechos tales como los cometidos y el consiguiente perjuicio para un menor que tienen. Si ya de por sí son hechos constitutivos de una gravedad elevada, más tienen cuando lo es en un entorno cerrado familiar en donde se puede coadyuvar por el desconocimiento de su causación y el silencio que coadyuva a la prolongación en el tiempo de los actos de contenido sexual, y que de no ser por concretas circunstancias, como aquí ocurrieron pueden prolongarse más en el tiempo incrementando la propia gravedad de la conducta y la mayor victimización por su perpetuación.

Esta opción que el art. 62 CP otorga al Juez o Tribunal de la facultad de rebajar la pena en uno o dos grados, lo es atendiendo a las circunstancias del grado de ejecución del delito y la afectación al bien jurídico protegido, así como la determinación que se recoge en los hechos probados respecto a la forma de ejecución del delito.



No se trata tanto de fijar la medida de la rebaja de la pena en uno o dos grados en la gravedad del hecho, que lo es, sino en el grado de ejecución del hecho descrito en los probados que no se ejecutan ante la negativa expresa del menor.

Atendiendo al objeto de la queja casacional centrado en la rebaja en la pena en dos grados el art. 62 CP señala que el parámetro lo es *atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado*. Y en este caso consta el grado de ejecución y el peligro inherente al intento en relación al fin perseguido. Esta Sala considera acertada y suficiente la rebaja en un grado motivada, no procediendo la rebaja en dos grados.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Por infracción de ley (v) vulneración del artículo 74 C.P. en relación con los artículos 183.1 y 183.4.d) C.P.

Se vuelve a incidir en el planteamiento de cuestiones y motivos no expuestos en sede de apelación ante el TSJ con los límites ya expuestos en orden al planteamiento de cuestiones nuevas en sede casacional que hacen inviable el motivo.

Sostiene, de todos modos, el recurrente que "el conjunto de los hechos debe considerarse en todo caso como un único delito de abuso sexual de menores del artículo 183 CP en grado de tentativa y no como un delito continuado de esa naturaleza."

Vuelve a discrepar del contenido de los hechos probados que trata, según ya se ha expuesto, de una continuidad en la conducta en el tiempo que lleva a la continuidad delictiva que ha sido reflejada en la sentencia.

La sentencia sí que describe la duración de los hechos en continuidad delictiva. No puede predicarse un único delito excluyente de la continuidad delictiva en la redacción que se expone de hechos probados.

Hemos fijado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 395/2021 de 6 May. 2021, Rec. 10258/2020 que:

"El delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74 CP, se unifican en un solo comportamiento delictivo. De este modo, el delito continuado se constituye por varias actuaciones individuales típicamente relevantes pero que, por su unidad de dolo, son finalmente contempladas como una unidad jurídica a la que, ante la intensificación del injusto, se le aplica sin embargo una pena más grave que la que resultaría imponible a la unidad típica de acción.

El delito continuado es predicable en todos aquellos supuestos en los que la repetición de la acción presenta una entidad autónoma y claramente diferenciada, de modo que la conducta nuevamente desplegada introduce la capacidad de tallar el comportamiento futuro del menor de manera profunda y significativamente superior a como lo hubieran hecho las prácticas anteriores. El delito continuado es apreciable en todos aquellos supuestos en los que la reiteración de abusos no aparece como un impacto que desdibuja puntualmente los correctos referentes educativos del menor, sino que la reiteración comporta introducir un nuevo patrón en su largo proceso educacional, de manera que el sujeto activo somete al menor a todo un proceso educativo inverso, labrando y esculpiendo la personalidad de manera progresiva y realmente eficaz, pero con los contravalores que el legislador proscribió."

Existe un periodo de tiempo concreto en el tiempo en el que se desarrollan los hechos probados y se especifican:

"En fechas no exactamente determinadas, pero que se pueden situar a partir del verano del año 2105 y hasta el mes de Octubre de ese mismo año, en las ocasiones en las que su nieto Leovigildo, nacido el NUM000 de 2009, quien contaba con seis años de edad, le visitaba en su domicilio sito en la PLAZA000 n o NUM001, de esta capital, le conducía a su habitación, encerrándose con el y, una vez a solas, se desnudaba, tumbándose en el suelo, al tiempo que le decía al niño que le tocara el pito y el culo, a lo que éste se negaba, tratando de salir de la habitación sin conseguirlo, conminándole el acusado a no decir nada a nadie, so pena de encerrarlo en un cuarto oscuro, sin que se haya acreditado que el acusado se masturbara en presencia del niño en tales ocasiones."

No hay un solo hecho, sino una continuidad delictiva que agrava los hechos y la conducta, así como el daño y a afectación al menor, como así se ha demostrado.

Hemos especificado en la sentencia anterior que "El delito continuado se caracteriza por una reiteración de ataques lo suficientemente diferenciados como para romper la unidad de acción". Y ello queda evidenciado en los hechos probados y en la forma que le afectó al menor esa reiteración de conductas que le llevó a esa "expresividad" que le fue detectada por sus familiares directos y que desencadenó la denuncia, lo que pudiera ser que no hubiera ocurrido si se diera una unidad concreta de acción de menor gravedad, siendo evidente que



la continuidad en el tiempo (y en el periodo fijado es lo suficientemente relevante para aceptarlo) se evidencia un mayor daño en el menor y una mayor afectación determinante de una mayor carga penológica que no se puede suprimir.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 495/2019 de 17 Oct. 2019, Rec. 10202/2019 hemos reseñado, también, que:

"Hemos destacado, entre otras, en la STS 265/2010 de 19 de febrero que "la jurisprudencia de esta sala, expresada entre otras en la Sentencia de 5 de diciembre de 2007 que cuando se trata de abusos sexuales deberá aplicarse la continuidad delictiva cuando del relato fáctico de la sentencia surge una homogeneidad de actos ilícitos y punibles que atacan el mismo bien protegido, que responden a un único plan de autor, difícilmente aislables unos de otros, que son expresión de un dolo unitario no renovado en cada acto, cuyo fin se trata de conseguir a través de esa sucesión de actos, porque entonces se está construyendo la unidad objetiva y subjetiva que judicialmente se realiza a través de la continuidad delictiva".

Esta Sala señala en sentencia del Tribunal Supremo 282/2019 de 30 May. 2019, Rec. 10561/2018 incide en esta continuidad bajo los parámetros de:

- a) Pluralidad de hechos delictivos, antológicamente diferenciales.
- b) Un planteamiento único en la acción que implica la unidad de resolución y propósito criminal. Se trata de un dolo global o de conjunto como consecuencia de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos, aunque puedan dejarse los detalles concretos de su realización para precisarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarla, siempre, sin embargo, con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Es, en suma, el elemento básico y fundamental del delito del art. 74, que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responde al aprovechamiento de idéntica ocasión.
- c) Unidad del precepto penal violado, o al menos de preceptos semejantes y análogos, es decir, una especie de "semejanza del tipo" se ha dicho.
- d) Homogeneidad en el modus operandi, por lo que significa la unidad entre las técnicas operativas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito.
- e) Identidad en el sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo autor y de sujeto pasivo, en el supuesto de agresiones sexuales".

También señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 262/2019 de 24 May. 2019, Rec. 1924/2017 que:

Es preciso recordar que la doctrina destaca que existen distintos supuestos:

- 1.- Unidad natural de acción.
- 2.- Unidad típica de acción o unidad jurídica de acción.
- 3.- Delito continuado.

Se nutren de la cualidad de conformar un único delito, y a los que han de resultar ajenos el instituto de la conexión, y su reverso la desconexión procesal, así como la pluralidad procesal tanto real como potencial, tanto de origen como de destino.

Al respecto de estas categorías (unidad natural de acción, unidad jurídica de acción y delito continuado), caracterizadas por conformar un único delito, refiere una reiterada doctrina jurisprudencial (STS 91/2016) que:

- 1.- Se habla de unidad de acción en sentido natural cuando el autor del hecho realiza un solo acto entendido en un sentido puramente ontológico o naturalístico.
- 2.- En cambio, se habla de unidad natural de acción cuando, aunque ontológicamente concurren varios actos, desde una perspectiva socio-normativa se consideran como una sola acción. Así, la jurisprudencia de esta Sala aplica la unidad natural de acción cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal.
- 3.- En cambio, concurre una unidad típica de acción cuando la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal, pues la unidad típica de acción se da cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. De forma que varios actos que contemplados aisladamente colman las exigencias de un tipo de injusto, se valoran por el derecho desde un punto de vista unitario.



4.- Por último, el delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74, se integran en una unidad jurídica de acción. Aparece constituido, por tanto, el delito continuado por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción."

Estas circunstancias concurren en el caso presente en cuanto se niega la unidad de acción y se admite la continuidad delictiva objeto de punición.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 7.- Por infracción de ley (vi): infracción del artículo 183.4.d) C.P.

Se vuelve a incidir en el planteamiento de cuestiones y motivos no expuestos en sede de apelación ante el TSJ con los límites ya expuestos en orden al planteamiento de cuestiones nuevas en sede casacional que hacen inviable el motivo.

En cualquier caso, se recoge que se ha vulnerado el artículo 183.4.d) CP, porque ha sido improcedentemente aplicado al supuesto que nos ocupa de manera automática e injustificada, ya que se alega que "La circunstancia de ser el acusado abuelo de la víctima no conlleva una aplicación automática de la indicada agravante específica. Hay que examinar caso por caso para comprobar si las relaciones que se enuncian en artículo 183.4.d) CP se han traducido o no en un prevalimiento por razón de parentesco."

Resulta indudable y diáfana la aplicación a la tipificación de los hechos la agravante de parentesco determinante de un prevalimiento por la mayor facilidad de la que se aprovecha el autor que le permite la condición de ser el abuelo del menor para llevar a cabo su conducta, ya que la condición de ese parentesco tan cercano es de lo que se prevale para ganar la confianza del menor para llevarle y ejecutar los actos que finalmente no concluye pese a desplegar todos los necesarios para tal fin por la negativa del menor. Pero la agravante es lógica en su imposición y aplicación práctica.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 290/2020 de 10 Jun. 2020, Rec. 3489/2018 ya señalamos que:

"La situación de la menor era de total confianza de ésta con el recurrente, y es de ello de lo que se aprovechó y actuó con prevalimiento el recurrente para llevar a efecto el hecho declarado probado.

Nótese que sobre la circunstancia del art. 183.4 d) CP se ha tratado en ambas modalidades, bien sobre el parentesco, bien sobre la situación de "confianza" que puede existir en estos casos de abusos sexuales de adultos con menores, como aquí ocurrió, donde la menor fue sometida a los actos descritos en los hechos probados por la pareja sentimental de su tía abuela aprovechándose, éste, de esta "confianza" que esta posición le generaba, y que permitía construir el prevalimiento basado en la confianza que determinaba una "superioridad psicológica" del adulto sobre el menor que determina un mayor reproche penal."

Resulta evidente que el parentesco derivado de una relación abuelo-nieto conlleva una relación de confianza y aprovechamiento del autor mayor que en otros casos en donde debe especificarse en qué consistió ese prevalimiento o esa superioridad psicológica que es notoria y notable en casos como el aquí probado.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 258/2021 de 18 Mar. 2021, Rec. 2364/2019 se aclara también que:

"El art. 183.4 d) CP exige un prevalimiento que puede apoyarse en dos factores diferentes: una relación de superioridad o el parentesco. Como han subrayado los comentaristas no es que la superioridad tenga que apoyarse en el parentesco. La conjunción disyuntiva "o" que une ambas ideas lo pone de manifiesto. Concurrirán los presupuestos de la agravante cuando se identifique un prevalimiento bien basado en el parentesco, bien en una relación de superioridad... En efecto, de lo anterior se desprende que el acusado abuelo de la menor Josefina de 11 años de edad, abusó de la misma, prevaliéndose de su relación de parentesco, lo que fluye no solo de su gran diferencia de edad, que es obvia, sino de su ascendencia personal por ser su abuelo, aprovechando la estancia de la menor en su domicilio por razón del cumplimiento del régimen de visitas que tenía el hijo del acusado, lo que sin duda facilitó su comisión, llevando a cabo, como indica la fundamentación de la sentencia, una serie de actos de exhibicionismo en un contexto de superioridad -que como hemos apuntado no deberían haber sustraídos del relato fáctico-, y unos tocamientos en la zona genital a la menor mientras esta dormía en la misma habitación que compartía con su abuela.

Lo anterior implica una obvia indefensión de la víctima, ya que los hechos se llevaron a cabo en el domicilio de los abuelos, aprovechando el acusado que la abuela estaba dormida, y por la persona que debía haberla protegido, relación de parentesco que sin duda facilitó la comisión del delito, y de la que se prevaleció el acusado."



Resulta lógico y natural que un parentesco como la relación abuelo-nieto conlleva ese aprovechamiento de su condición para llevar a cabo los actos probados. Y el hecho de que el menor lo rechazara no quiere decir que sea excluyente de la agravación, ya que de ello se aprovechó el recurrente para llevar a efecto su conducta. Existía esa relación de parentesco y la consustancial diferencia de edad de la que se aprovechó por ser el abuelo de la víctima y el carácter inesperado para el menor de lo que el autor pretendía llevar a cabo. Nunca un menor puede esperar de un familiar como el padre de su madre que vaya a llevar a cabo actos atentatorios contra su sexualidad. En ningún caso y circunstancia puede esperarse tal conducta como la declarada probada. Y ello tiene su agravado reproche penal.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 8.- Por infracción de ley (vii): transgresión del artículo 62 C.P. en relación con el artículo 183.1 y 183.4.d), así como 74 C.P.

Se vuelve a incidir en el planteamiento de cuestiones y motivos no expuestos en sede de apelación ante el TSJ con los límites ya expuestos en orden al planteamiento de cuestiones nuevas en sede casacional que hacen inviable el motivo.

Se entiende que se ha realizado mal el cálculo de la pena postulando que se aplique la tentativa de salida al tipo básico sin tener en cuenta ni la agravación del 183.4, d) ni la continuidad, y aplicar estas al resultado posterior resultante, lo que le lleva a pedir que se condene al acusado a la pena de un (1) año, nueve (9) meses y un (1) día de prisión.

Señala el Tribunal que (FD nº 7):

"Respecto a las penas a imponer, y no existiendo circunstancias modificativas de la responsabilidad, debe tenerse en cuenta, en el delito intentado de abusos sexuales, que se encuentra castigado con pena de 2 a 6 años de prisión, que ha de fijarse en su mitad superior, por aplicación de la agravación de prevalimiento por razón del parentesco establecida en el art. 183.4.d) del Código Penal, con pena resultante de 4 años y 1 día a 6 años de prisión, y tal pena resultante debe ser también aplicada en su mitad superior, por virtud de la continuidad delictiva del art. 74.1, resultando entonces una pena que abarca de 5 años y 1 día a 6 años de prisión, que debe rebajarse en un grado, en razón a no haberse consumado el delito, por lo que la pena definitivamente a imponer oscila de 2 años, 6 meses y 1 día de prisión a 5 años y 1 día, estimándose procedente, valorando la entidad de los hechos que finalmente han resultado acreditados y por los que se condena al acusado, la imposición de una pena de 2 años, 6 meses y 1 día de prisión por tal delito".

El cálculo realizado de determinación de la pena y cálculo consecutivo es correcto, siendo incorrecto el propuesto por el recurrente, que aunque le es beneficioso no es el procedente en el recorrido de fijación penológica, ya que la aplicación de la rebaja es al final, no al principio.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 9.- Por infracción de ley (viii): vulneración de los artículo 58 y 59 C.P. en relación con los días que deben compensarse en relación con la pena impuesta.

Se vuelve a incidir en el planteamiento de cuestiones y motivos no expuestos en sede de apelación ante el TSJ con los límites ya expuestos en orden al planteamiento de cuestiones nuevas en sede casacional que hacen inviable el motivo.

Postula el recurrente la compensación con días de prisión de la obligación de comparecer periódicamente en el Juzgado durante una situación de libertad provisional.

En la sentencia se fija que *Y para el cumplimiento de las penas impuestas, se abona al condenado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.*

Se incide en que no fue éste un tema que fue objeto de apelación en sede de TSJ. No obstante, hay que recordar que es un tema de matiz de la propia ejecutoria penal y de cumplimiento de pena a la hora de llevar a cabo la liquidación no del fallo de esta sentencia, con independencia de lo cual se recuerda que esta Sala ya expresó en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 611/2020 de 16 Nov. 2020, Rec. 10369/2020 que:

"Dispone el art. 59 CP: " Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada".

Con esa base legal y en criterio luego asumido por un nutrido grupo de resoluciones encabezadas por la STS 1045/2013 de 7 de enero de 2014, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 19 de diciembre



de 2013, proclamó: "la obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al art. 59 del Código Penal, atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado".

La obligación de comparecencia periódica siempre conlleva una obligación de hacer y una limitación de la libertad personal y de ahí que la compensación sea obligada.

...No obstante, es también razonable que los tribunales tiendan a establecer criterios estandarizados cuando no se acrediten unos perjuicios o molestias singulares, para dar un tratamiento igual a situaciones que no guardan entre sí deferencia alguna. En esa dirección en la STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014, consideramos razonable y equilibrado el criterio de compensar 1 día de prisión por cada 10 días de comparecencia apud acta."

También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1045/2013 de 7 Ene. 2014, Rec. 10184/2013 se fija que:

"La existencia de un deber legal de compensación de toda restricción anticipada de derechos sufrida con carácter cautelar, la necesidad de operar conforme a criterios de motivada razonabilidad resulta indispensable. Y, desde luego, el criterio proclamado en la sentencia recurrida puede considerarse ejemplar. Las comparecencias quincenales efectuadas durante 18 meses por el acusado han sido compensadas a razón de 1 día de prisión por cada 10 comparecencias, lo que totalizan 4 días a restar de los 3 años de condena que le fueron impuestos a aquél y que ahora han de ser abonados en la liquidación definitiva. Se trata de un cómputo equilibrado, razonable y, por tanto, susceptible de aplicación en supuestos de igual o similar naturaleza.

4.- La decisión que ahora se acuerda es conforme al criterio expresado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 19 de diciembre de 2013, en el que se proclamó que "la obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al art. 59 del Código Penal, atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado".

La Sala estima que el criterio de la compensación, además de su indudable apoyo en el significado constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (Art. 1 CE), tendrá consecuencias benéficas para el sistema de cumplimiento de las penas y para la propia efectividad de las medidas cautelares. De una parte, por cuanto que contribuirá a eliminar la rutinaria aplicación de una medida restrictiva de la libertad cuya ejecución, vigilancia y seguimiento jurisdiccional no siempre están siendo ejemplares. De otra parte, porque facilitará el efecto pedagógico asociado a la idea de que el cumplimiento por el imputado de esas comparecencias siempre conllevará la expectativa favorable de su futura compensación."

En este sentido, al estar tratándose de un criterio de ejecutoria penal a establecer al momento de la liquidación de la pena se fija que a la hora de compensar los días que estuvo en prisión se deberán adicionar en su cómputo el criterio de que se abone en la liquidación un día de prisión por cada 10 comparecencias que se hayan efectuado, como criterio de referencia de este fundamento jurídico a tener en cuenta en la ejecutoria penal sin variar el contenido de la sentencia en cuanto a la tipicidad acordada y pena impuesta.

DÉCIMO PRIMERO.- 10.- Por quebrantamiento de forma (i): denegación de diligencia de prueba propuesta por las partes.

La queja del recurrente se centra en la exigencia que postula del nombramiento de perito que asista a la prueba preconstituida, circunstancia que no es posible y que fue acertadamente denegada en su momento sin que ello sea determinante de indefensión. Y no lo es, porque quien debe asistir a la declaración del menor es el letrado del investigado, pero no existe derecho alguno a llevar un perito como si se tratara de un fiscalizador complementario de la declaración del menor. No queda garantizada la contradicción con la presencia de un perito propuesto por a defensa, sino con el letrado del investigado.

No es preciso que en la prueba preconstituida intervenga un perito de la defensa

Señala al respecto el TSJ que "la prueba preconstituida se efectuó en presencia de letrado de la defensa, sin protesta u objeción alguna por su parte, protesta u objeción que no se manifestó tampoco al inicio de las sesiones del acto del juicio oral y para la que, en realidad, ni había ni hubo nunca motivo de peso alguno."

Lo que se debe garantizar en estos casos es la debida contradicción y la presencia letrada, ya que esta no se garantiza con la presencia de un perito, porque la preconstitución de la declaración del menor en sede sumarial no es pericial, sino declaración del menor.

A estos efectos, el TSJ elabora una extensa y detallada argumentación con respecto a la forma en la que se debe llevar a cabo la exploración del menor en sede judicial, e indudablemente, no puede convertirse este acto



en un cúmulo de presencias que altere la espontaneidad y tranquilidad con la que debe declarar el menor en un acto tan complicado y complejo para él, sobre todo a edades tan tempranas, cuando deben relatar actos tan execrables relacionados con ataques a la sexualidad de los menores que son, a su vez, ataques al desarrollo de su personalidad.

En este caso se han observado las garantías exigidas en la forma en la que se llevó a efecto la preconstitución de la prueba del menor y no estuvo alterada ni disminuida la contradicción de las partes en el proceso penal, habiendo estado presente el letrado del recurrente en la exploración del menor.

Señala el TSJ al respecto en el FD nº 9 que:

"La práctica de dicha prueba preconstituida se efectuó con conocimiento y en presencia del letrado de la defensa, quien pudo observar el desarrollo de la misma, sin haber formulado, como ya ha quedado establecido, objeción alguna al respecto. Tuvo también la oportunidad de formular indirectamente, a través del instructor y por medio de la referida profesional, las preguntas que hubiera tenido por conveniente."

Con respecto a la prueba pericial señala el TSJ que:

Se señala que "se ha negado a esta representación procesal la grabación de la ratificación del informe psicológico realizada por doña Rosalía en fase de instrucción el día 16 de noviembre de 2016, facilitando únicamente el acta de dicha ratificación".

Se argumenta también que, aunque fue admitida la práctica de todas las pruebas testificales propuestas por la recurrente, "este hecho ha constituido un acto formal, puesto que esta defensa ha contado con limitaciones en el ejercicio del derecho de defensa, pues se ha impedido el interrogatorio de los testigos y se han ignorado las declaraciones no teniendo en consideración las afirmaciones por ellos formuladas".

Igualmente, se queja quien ahora recurre de que la perito que formuló al menor las preguntas de las que se deja constancia en la prueba preconstituida "se ha visto y hablado con anterioridad a la celebración de la diligencia probatoria con el menor", habiéndose denegado la grabación de esas eventuales conversaciones anteriores entre la perito y el niño.

Por lo que respecta a la grabación del acto de ratificación en fase de instrucción de la perito doña Rosalía, no consta en las actuaciones que dicha grabación se produjera (y sí que la misma fue documentada en acta). Afirma lo contrario, insistiendo en que la ratificación fue grabada en soporte audiovisual, el Letrado de la defensa. En cualquier caso, conforme explica la recurrente, el objeto de esa diligencia consistiría en justificar si la perito corrigió ya en ese momento la referencia al "abuelo paterno" que se hacía en el informe. Sin embargo, este extremo resulta irrelevante habida cuenta de que la perito explicó en el acto del juicio oral que se trataba de un mero error de transcripción y que, desde siempre, las referencias del menor fueron dirigidas al abuelo materno. La cuestión, por eso, es del todo insustancial, por muchos esfuerzos argumentales que quieran hacerse al respecto, en la medida en que la perito tuvo oportunidad de esclarecer este extremo en el acto del plenario, con independencia de la valoración que ello merezca y a la que en su lugar nos referiremos. En cualquier caso, sirva señalar ya desde ahora que la perito explicó repetidamente en el plenario que se trataba de un simple "error tipográfico" y que el menor se refirió siempre a su abuelo " Agustín ", apelativo que empleaba, como está fuera de toda duda, para referirse al acusado.

Y por lo que respecta a la grabación de las entrevistas mantenidas entre la psicólogo que dirigió las preguntas al menor en la prueba preconstituida y el propio Leovigildo, con anterioridad a la práctica de dicha prueba, tampoco consta en absoluto que las mismas hubieran sido grabadas, ni, desde luego, que por el Tribunal se denegará la incorporación de dichas entrevistas al presente procedimiento.

Importa señalar, finalmente, que al inicio de las sesiones del juicio oral la parte que ahora recurre no interesó la práctica de ninguna prueba distinta de las ya propuestas en su escrito de defensa, (más allá de una documental referida a determinados e-mails dirigidos entre la madre del menor y sus hermanos, que resultó admitida), sin que tampoco solicitara del Tribunal la admisión de ninguna clase de medio probatorio que le hubiera sido previamente denegado."

Pues bien, no hay indefensión material alguna por la no existencia de perito en el desarrollo de otra pericia.

Y con respecto a la *Prueba pericial psicológica* ya ha sido debidamente valorada por el Tribunal de instancia y el TSJ señalando a tal efecto que:

"Frente a las objeciones metodológicas o de formación de las peritos que opuso la Defensa para cuestionar su carácter probatorio, a las se hará referencia mas adelante, acreditan, en el caso de la *psicóloga Dña. Regina*, que tras la entrevista que tuvo con el menor, observó que relataba situaciones de angustia vividas con su abuelo materno y que mostraba conocimientos de ámbito sexual que sobrepasaban los conocimientos propios de su



edad, mostrando una sintomatología relacionada con una posible sobreestimación en el área sexual, síntomas de ansiedad, cambios bruscos en el estado de ánimo, regresiones en el control de esfínteres, confusión de roles familiares, alteración de los patrones de sueño, así como pesadillas recurrentes, entre otros, descartando, de otro lado, posibles manipulaciones adultas en su relato.

Por su parte, en el informe efectuado por la *psicóloga Dña. Rosalia*, ratificado en el juicio celebrado, se refiere que Leovigildo presenta un cuadro ansioso, que cursa con alteraciones en el sueño, en el control de esfínteres, temores, irritabilidad e inquietud, deduciendo de su relato, el prestado por sus padres y la evaluación de sus juegos y dibujos, que su sintomatología y conducta está relacionada con un abuso sexual al menor.

Y en el informe efectuado por la psicóloga Dña. Soledad y la trabajadora social Dña. Susana, adscritas a la Clínica Médico Forense, igualmente ratificado por sus autoras en el acto del juicio, se destaca que Leovigildo acude a terapia psicológica desde Diciembre de 2015."

Análisis de valoración de estos informes

Sobre las quejas por el análisis valorativo de los informes señala el Tribunal que:

"Tampoco pueden dejar de valorarse las pruebas periciales practicadas en razón a las alegaciones de la Defensa cuestionando los informes efectuados por Dña. Regina y Dña. Rosalia por considerar que se trataban de informes clínicos y no forenses, así como su falta de cualificación profesional, por cuanto en el primero de los informes la perito ya expresó que el mismo tenía carácter meramente informativo, y fue realizado a petición de los padres del menor, por lo que nada impide que el Tribunal valore la sintomatología que se describe en el mismo presentaba el niño tras las entrevistas que la psicóloga mantuvo con los padres y el menor, y, en relación al segundo, lo cierto es que se trata de la psicóloga que sigue tratando profesionalmente al menor en la actualidad, por lo que su informe ciertamente es clínico pero ello no veda que sus conclusiones también pueden ser tenidas en cuenta por este Tribunal y confrontarlo con los demás informes emitidos, en la medida que aportan datos de conocimiento para el Tribunal sobre la víctima y si los mismos son coherentes con el resultado de otros medios de prueba pueden determinar, en conjunción con ellos, la prueba de un hecho".

"Las observaciones efectuadas por los *peritos psicólogos forenses propuestos por la Defensa*, D. Segismundo y Dña. Lina, respecto a los informes emitidos por las referidas psicólogas, cuestionando su metodología y capacitación, carecen de virtualidad al no tratarse de informes periciales sino clínicos.

Y en relación a los informes efectuados por los peritos de la Clínica Médico Forense, que igualmente se cuestionan en el informe pericial realizado a instancias de la Defensa, por su falta de rigor forense y absoluta subjetividad, hay que señalar que, respecto al primero de ellos, el relativo al reconocimiento del menor, se trata de un informe psicosocial, realizado tras llevarse a cabo diversas entrevistas con el menor y su familia, en el que únicamente se constata, como consideraciones forenses, que el menor acude a terapia desde hace un año y se ha evitado indagar, por las peritos, sobre la existencia de los presuntos abusos denunciados, estableciendo, como conclusiones de su informe, que en el estado psicológico del menor no se aprecian signos que pudieran ser compatibles con ninguna patología, y observándose únicamente un estado de ánimo ligeramente triste en el momento en que se alude a la relación con los abuelos, por lo que, con tales conclusiones difícilmente se acierta a comprender el reproche que se efectúa a tal informe, cuestionando su validez como medio de prueba."

El recurrente insiste en que "las pruebas efectuadas por las psicólogas de parte y las profesionales de la Clínica Médico Forense fueron realizadas sin atenerse a métodos científicos y de forma no homologable a un nivel de práctica forense estandarizado, ni admitidas por la comunidad científica." No obstante, el análisis de la prueba pericial por el Tribunal y la revisión de la valoración por el TSJ en su examen de la racionalidad de la valoración probatoria de aquél es exquisito y detallado, con lo que se cumple el requisito de la exigencia de motivación. No hay elemento alguno determinante de indefensión material alguno que haya impedido al recurrente el ejercicio del derecho de defensa.

No se trata de si los peritos de parte tienen de facto la presunción de objetividad e imparcialidad de las periciales públicas, o al revés. La cuestión es de valoración de pruebas, no de la "adjetivación" de pruebas y de si se trata de pericial de parte o judicial. Lo importante es que el Tribunal refleje su "arco motivacional exigente" para que pueda tener respuesta la defensa. Y este prisma de exigencia se ha producido aunque la parte recurrente disienta de ello, postulando más requisitos en la forma de llevar a cabo la exploración o pericial con respecto al menor.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- 11.- Por quebrantamiento de forma (ii): negativa en el acto de juicio a que los testigos y peritos respondieran a preguntas pertinentes o desestimación de preguntas por sugestivas o impertinentes que si lo fueran.



Se queja el recurrente que "se ha vuelto a confirmar la negativa del Presidente de Ilma. Sala en primera instancia a formular a los testigos y peritos preguntas que eran plenamente pertinentes y de manifiesta influencia en la causa."

Se efectúa por el recurrente un relato expositivo sobre las preguntas que no pudo llevar a cabo ni a peritos ni a testigos.

No obstante, este punto, que sí fue planteado en sede de apelación fue objeto de clara respuesta por el TSJ, quien señaló de forma motivada que:

"Se alega que por el Presidente del Tribunal no se permitió a la defensa interrogar a los testigos (y a los peritos) por ella misma propuestos o a los propuestos por la acusación, denegando indebidamente y de forma repetida que los mismos pudieran responder a diferentes preguntas realizadas por la defensa y que ésta, naturalmente, considera eran pertinentes y no tenían ningún carácter capcioso.

Sin embargo, tras haber observado los miembros de este Tribunal el desarrollo del acto del juicio oral, sólo podemos destacar la profesionalidad y rigor con la que se condujo el Presidente del Tribunal de primer grado a lo largo de las diferentes sesiones que conformaron aquél.

En este caso, el Presidente del órgano jurisdiccional se condujo, conforme resulta del completo visionado del desarrollo del juicio oral, de manera en extremo prudente, haciendo ver a las partes, --no sólo a la defensa del acusado naturalmente--, en cada caso, los motivos por los cuales no consideraba conducente admitir determinadas preguntas.

Pese a ello, las continuas reiteraciones al respecto, --no solo, aunque tal vez sí especialmente, por parte de la defensa del acusado--, orientadas a traer a colación en este procedimiento aspectos sólo muy tangenciales y que, desde luego, no afectaban en absoluto al núcleo del enjuiciamiento, en algunas oportunidades determinaron que el Presidente del Tribunal hubiera de inadmitir que se respondiera por peritos o testigos a determinadas preguntas, cuando no capciosas claramente impertinentes, y desde luego le forzaron a cercenar cualquier clase de discusión, controversia o debate entre el letrado que preguntaba y el testigo o perito que respondía.

Así, por ejemplo, los letrados de la defensa interrogaron a los peritos que comparecieron en el acto del juicio oral, acerca de los métodos por ellos utilizados para elaborar sus informes, pretendiendo entrar en debate con dichos peritos acerca de si, por ejemplo, las técnicas proyectivas eran o no idóneas como elemento de trabajo cuando se trataba de analizar el relato de un menor de la edad de Leovigildo. Las peritos explicaron, tanto doña Rosalia como doña Regina, que ninguna de las dos es perito forense, aunque sí psicólogas especializadas en el tratamiento infantil o de traumas. Doña Regina es licenciada en psicología clínica y educativa. Explicó que había mantenido dos entrevistas o sesiones clínicas con Leovigildo y añadió que la "técnica de dibujos" resulta ilustrativa, aunque naturalmente no proporciona una interpretación lineal o rígida. Facilita información a valorar junto con el resultado de las sesiones clínicas. Igualmente, la perito Doña Rosalia explicó también en el acto del juicio oral que es psicóloga y que en psicología infantil se aplican técnicas proyectivas, aunque explicando también que es un elemento más a valorar por el perito, junto fundamentalmente con las propias entrevistas clínicas. Sin embargo, la recurrente quiso insistir en la inconveniencia de emplear estas técnicas (para lo que, por cierto, había propuesto ya una prueba pericial autónoma), pidiéndole el Presidente del Tribunal que no entrara en debate con los peritos. Estas explicaron los métodos por ellas utilizados, hubo una prueba pericial que, entre otras cuestiones, ponderaba la conveniencia de emplear estos métodos, y en cualquier caso la parte debía reservar las posibles objeciones que tuviera al respecto a la fase de informe.

Se permitió, por otro lado, a la defensa que preguntara a la perito doña Rosalia si estaba o no en posesión del título de doctora, a lo que ésta respondió que no. Sin embargo, la defensa del acusado quiso saber por qué se anunciaba entonces con esa condición en la publicidad de la clínica en la que trabaja, respondiendo ella que eso sería cuestión de preguntárselo a los encargados de la publicidad de la clínica. Respondida la pregunta, negó también el Presidente del Tribunal la existencia de debate alguno respecto a este punto, suficientemente esclarecido, nuevamente sin perjuicio de las valoraciones que al respecto pudiera efectuar la defensa o cualquiera otra de las partes.

Por lo que respecta a los testigos, lo cierto es que, con particular insistencia, la defensa del acusado quiso indagar acerca de si doña Purificación, madre de Leovigildo, había sido tratada con anterioridad por psicólogos y/o psiquiatras, y acerca de cuáles eran los padecimientos que sufría. Quiso indagar también acerca de si la misma había manifestado que su padre, el acusado en este procedimiento, también abusó de ella en el pasado. Y quiso saber, con igual insistencia, cuáles eran las relaciones que mantenía doña Purificación con su marido, si la relación matrimonial era o no estable, si había habido o no intentos o conatos de divorcio, etc.



Antes de entrar en ello, importa señalar, que también la defensa del acusado se quejó de que se otorgara a doña Purificación el estatuto procesal de víctima del delito, que se concretó, en este caso, en permitirle que declarase, separada del acusado por un biombo, para impedir el contacto visual con el mismo. Al respecto, más allá de que doña Purificación no tiene efectivamente en este procedimiento la condición de víctima directa, que sí ostenta su hijo de seis años de edad, resulta fácil comprender que, siendo además el acusado su padre, devenía particularmente gravoso a la misma declarar en el acto del juicio oral manteniendo el contacto visual con éste. Por esa razón, y sin demérito alguno del principal derecho de defensa del acusado, se acordó por el Presidente del Tribunal que el interrogatorio se realizara interponiendo un biombo entre la testigo y el acusado y estando ésta acompañada por una trabajadora de la oficina de atención a las víctimas. Basta observar el desarrollo del testimonio prestado por doña Purificación para comprender la importante incidencia emocional que el mismo representaba para ella, incidencia emocional plenamente comprensible en el contexto descrito. Por eso, consideramos que la decisión adoptada por el Presidente del Tribunal respecto a evitar la comunicación visual entre el acusado y la testigo aparece, en este caso, suficientemente justificada y, como ya se ha señalado, no comporta limitación ninguna en el derecho de defensa del acusado, siendo que, evidentemente, su letrado se mantuvo en todo momento, como no podía ser de otro modo, en contacto visual con la testigo, cuya identidad, en tanto se trataba de su hija, resultaba también perfectamente conocida para el acusado que pudo escuchar sin dificultad alguna su testimonio.

Por otro lado, y con relación a las diferentes cuestiones ya referidas, observó el Presidente del Tribunal, haciendo gala nuevamente de su aquilatada experiencia y de su dominio en la dirección de los debates, que iban a admitirse preguntas respecto a algunos de los mencionados extremos, con el único objeto de poder valorar la credibilidad de los diferentes testimonios, pero advirtió, no obstante, que resultaba del todo impertinente, en atención al objeto de este juicio, profundizar en extremos relativos a los posibles abusos sexuales que doña Purificación pudiera atribuir a su padre y al estado de salud de la misma. Así, doña Purificación reconoció haber sostenido que su padre, cuando todavía convivía la testigo en la casa familiar, la hizo objeto de abusos sexuales. Naturalmente ese extremo en el presente juicio no tiene otra relevancia que la de permitir que esa circunstancia se valore respecto de la relación existente entre doña Purificación y su padre, a los únicos fines de ponderar la credibilidad del testimonio de aquella. Ningún sentido tendría, ni hubiera sido apropiado, profundizar en aspectos relativos a esos posibles hechos, no enjuiciados aquí, y por los que Víctor Manuel no ha sido acusado en este procedimiento.

Igualmente, también reconoció Purificación que en varias oportunidades había recibido, a lo largo de su trayectoria vital, tratamiento psicológico, asegurando que había sido diagnosticada de estrés postraumático, –al tiempo que negaba que, como la defensa pretendía sin fundamento probatorio alguno, hubiera sido diagnosticada de un DIRECCION001 –, considerando, también razonablemente, el Presidente del Tribunal que doña Purificación se encontraba en el juicio como testigo y que no era procedente profundizar en cuantos aspectos interesarán a la defensa del acusado respecto al estado de salud de aquélla. Además, esas repetidas asistencias, psicológicas y psiquiátricas, recibidas por doña Purificación, fueron también acreditadas en el juicio por el testimonio de sus familiares.

Por descontado, la relación matrimonial existente entre doña Purificación y su marido, padres del menor, resultaba enteramente ajena, al menos en sus detalles, al objeto de enjuiciamiento. Insistió repetidamente la defensa en que dicho matrimonio atravesó determinadas situaciones de crisis y que, incluso, existieron unos primeros contactos con abogados para promover la acción de divorcio entre ellos. Así quedó establecido por alguno de los testigos, sin que desde luego resultara pertinente profundizar en otros detalles personales acerca de esta cuestión.

Llegó la defensa del acusado a preguntar al padre del menor si en algún momento su esposa le había sido infiel, pregunta que, como no podía ser de otra manera, resultó también inadmitida por el Presidente del Tribunal.

En suma, ninguna de las preguntas que dirigidas por la defensa a testigos o peritos fueron rechazadas por el Presidente del Tribunal cercenaron, ni aun tangencialmente, el derecho de defensa del acusado."

En resumen, el TSJ ha examinado el desarrollo de la práctica de la prueba y se motiva adecuadamente que no existe la pretendida indefensión material reclamada. Hemos señalado que en el análisis del motivo del art. 850.3 LECRIM de denegación de preguntas se exige que "tenga una manifiesta influencia en la causa". El desarrollo de las preguntas que expone el recurrente no determinan que la intervención del Presidente haya provocado una indefensión material en el ejercicio de la defensa, analizado ex post al dictado de la sentencia y las razones expuestas en la misma por el Tribunal y el análisis del TSJ de la sentencia del tribunal de instancia.

No puede enfocarse este análisis de una manera aislada en relación a una o varias preguntas y la referencia de pertinencia desde la posición que sostiene la defensa, sino desde la posición ex post al dictado de la sentencia y el conjunto de la prueba practicada y el resultado que ello ha ofrecido. Es desde este prisma y enlace preciso



desde el que es preciso examinar y analizar el debate sobre "pruebas pertinentes e impertinentes" y su rechazo por el tribunal, a fin de poder evaluar, no el grado de pertinencia que debió observarse el día del juicio, sino el grado de "indefensión material" que puede haber determinado e influido en lo que en realidad es el objeto de la pretensión, como lo sería la nulidad del juicio, no la nulidad de la condena.

Pero ello no se ha producido, porque el alegato del recurrente no tiene entidad suficiente para ello, visto el contenido del examen del juicio de racionalidad de la valoración probatoria llevado a cabo por el TSJ.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- 12.- Al amparo del artículo 851.1 LECrim, ya que en la Sentencia que se recurre no se expresan de forma suficientemente clara y terminante los hechos que se declaran probados.

Resulta evidente, en primer lugar, que la referencia de los hechos se produce en el año 2015, por lo que se aclara esta cuestión en este momento que no tiene más trascendencia que la ahora expuesta de un mero error de baile de números que no tiene mayor trascendencia que su obviada.

Por otro lado, no puede predicarse que existe la pretendida "indeterminación" en las fechas o periodo de los hechos probados, porque hay que tener en cuenta que el iter o proceso llevado a cabo se verifica cuando "se detecta" un comportamiento anómalo del menor que es sometido a examen y se acaba descubriendo el origen de su conducta. Es práctica general este tipo de situaciones que se producen cuando tras un periodo de victimización sexual de menores por sus propios familiares, y ante el temor de los menores en denunciarles se acaba descubriendo el hecho por múltiples circunstancias que pasan por la detección por el protocolo de los centros escolares ahora incorporado a la Ley de protección de la infancia y adolescencia contra la violencia, en cuyo art. 32 se recoge que: *Protocolos de actuación.*

1. Las administraciones educativas regularán los protocolos de actuación contra el abuso y el maltrato, el acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género, violencia doméstica, suicidio y autolesión, así como cualquier otra manifestación de violencia comprendida en el ámbito de aplicación de esta ley. Para la redacción de estos protocolos se contará con la participación de niños, niñas y adolescentes, otras administraciones públicas, instituciones y profesionales de los diferentes sectores implicados en la prevención, detección precoz, protección y reparación de la violencia sobre niños, niñas y adolescentes.

Dichos protocolos deberán ser aplicados en todos los centros educativos, independientemente de su titularidad y evaluarse periódicamente con el fin de valorar su eficacia

En otros casos se detectan por familiares por las reacciones de los menores, pero difícilmente se detecta por denuncia directa de menores que se ven sometidos a la reiteración de abusos guardando silencio. Por ello, el periodo de tiempo en que se desarrollan se dificulta e impide una absoluta y exacta concreción. Pero, sin embargo, en este caso se ha marcado un periodo bastante exacto en el tiempo configurado en el Verano de 2015 hasta Octubre aproximadamente de ese año, lo que permite a la defensa ejercer su derecho sin indefensión alguna, por lo que no existe la alegada insuficiencia en la redacción de los hechos probados.

En este tipo de casos no puede exigirse la concreta y completa exactitud de cuántas han sido las ocasiones en que los hechos se han producido, ya que del hecho probado se evidencia la naturalística reiteración de la conducta del abuelo del menor a la que se llega a la convicción por su propia versión de los hechos que se concluye que no es inventada o imaginada, sino que se ajusta a la verdad. Y hasta tal punto es reiterada que se llega a la convicción por el Tribunal de su continuidad a tenor de la reproducción de la declaración del menor y la prueba pericial que ha cuestionado el recurrente, pero que el tribunal valora. Y sobre ello expone el TSJ que:

"Nuria comentó lo sucedido a su marido, don Ezequiel, padre del menor, quien confirmó también en el acto del juicio oral esos cambios de conducta que venía observando en su hijo, llegando a señalar incluso que en las referidas pesadillas, el niño llegó a expresar que veía un monstruo y que, finalmente, verbalizó que el monstruo al que se refería era su abuelo " Agustín ". Ambos progenitores resolvieron, tal y como en la sentencia impugnada se explica también, llevar a su hijo a una psicóloga, Doña Regina., quien expuso que el menor mostraba una sintomatología relacionada con una posible sobreestimación en el área sexual, síntomas de ansiedad, cambios bruscos en el estado de ánimo, regresiones en el control de esfínteres, confusión de roles familiares, alteración de los patrones del sueño, así como pesadillas recurrentes, descartando la perito en su informe clínico, que le había sido solicitado por sus padres, posibles manipulaciones adultas de su relato."

De igual modo se cita por el TSJ a la perito, la psicóloga doña Rosalía, quien también depuso como perito en el acto del juicio oral. Y señala el TSJ que:

"Explicó la perito, en primer lugar, que cuando en su informe había señalado que el menor atribuía la existencia de las conductas descritas a su abuelo "paterno", se trataba de un mero error tipográfico, precisando que el menor siempre se refirió a su abuelo "materno", Agustín. También esta perito explicó que en las entrevistas que



había mantenido con el menor había realizado siempre preguntas abiertas, con el propósito de no intervenir o distorsionar el relato. A su juicio, se trataba de un relato "totalmente espontáneo", expresando el menor reacciones de tipo fisiológico, con hiper o hipoactivación al verbalizar determinados recuerdos, descartando la perito totalmente, a partir de su experiencia profesional, cualquier clase de manipulación del menor. Explica doña Rosalia que ha seguido tratando al niño y que lo sigue haciendo en la actualidad, una vez al mes aproximadamente. Y a preguntas de la defensa, tras reconocer que no está en posesión del P.I.R. (psicólogo interno residente), afirma que es especialista en intervención por trauma, precisando que no graba las sesiones que mantiene con menores de edad."

Es con este informe cuando se interpone la denuncia, por lo que se descarta toda fabulación ante el cúmulo de datos coexistentes que se van sumando, y para ello señala el TSJ que:

"Las peritos, doña Regina y doña Rosalia, admitieron siempre, como no podía ser de otra manera, que realizaron con relación al menor intervenciones clínicas y no estrictamente forenses, tratando de averiguar las causas de sus padecimientos y procurando corregirlos o mitigarlos. Pusieron sus conclusiones en conocimiento de los padres del niño y estos finalmente resolvieron interponer la correspondiente denuncia."

Añade a continuación el TSJ el resultado de la prueba del resultado del informe efectuados por el equipo psicossocial de la clínica médico forense, compuesto por una psicóloga, doña Soledad y por una trabajadora social doña Susana :

"Ambas peritos, naturalmente, declararon también en el acto del juicio oral. Como hemos tenido oportunidad de comprobar los miembros de este Tribunal, las peritos confirmaron haber redactado sendos informes, uno más general de carácter psicossocial y otro sobre la credibilidad que el relato del menor les ofrecía. El primero de ellos tuvo por objeto realizar un estudio del niño, en su entorno familiar y social, siendo advertida la existencia de un cierto grado de ansiedad (aunque las peritos admiten que no profundizaron mucho sobre este extremo). Destacan también que no apreciaron ninguna patología, más allá dónde que el menor presentaba un estado de ánimo triste o deprimido cuando se aludía a la relación con sus abuelos. Observan que se entrevistaron para la elaboración de este informe con el propio menor y con sus padres. Por lo que respecta al segundo de los trabajos elaborados, concluyen que, a su parecer, el relato del menor debe reputarse como "probablemente creíble" explicando que ésta es la calificación más alta acerca de la credibilidad que, conforme a los patrones convencionalmente aceptados en el ámbito forense, puede alcanzarse en esta clase de informes, destacando que el menor proporcionaba detalles aparentemente innecesarios, que su relato presentaba una elaboración consistente y confirmando también que apreciaban reacciones fisiológicas plenamente compatibles desde el punto de vista de la emotividad con lo que el menor describía (respiración acelerada, excitación) llegando a señalar que en una oportunidad hubieron de suspender la entrevista y tratar de que el menor se relajara. Explican las peritos que no apreciaron signo alguno de fabulación o fantasía por parte de Leovigildo."

El hecho probado es suficientemente descriptivo adaptado al tipo de delito cometido, al silencio que suelen guardar los menores, a la dificultad de secuencias las fechas con exactitud, pero sí al periodo concreto, es decir: "desde... a..." aproximadamente. Ello no puede ni debe indicar que existe falta de concreción en los hechos, porque en los casos de abusos sexuales a los menores, éstos intentan no pensar en ello, u olvidarlo, pero es evidente su afectación a la psique que ha sido detectado por los peritos que lo examinaron con sus anómalas reacciones.

Los hechos probados son suficientes y no existe la pretendida insuficiencia en su redacción. Cuando concurre este déficit es cuando se torna en imposible o difícil derivar una tipicidad o subsunción de los hechos probados en el tipo penal objeto de condena, pero este problema no se ha detectado ni producido en modo alguno en el presente caso, habida cuenta que se especifica una conducta reprochable del recurrente ante su nieto que es suficiente a los efectos de la tipicidad declarada.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- 13.- Por infracción de precepto constitucional (i): vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de derecho a obtener una resolución suficiente motivada.

Se cuestiona la falta de motivación respecto a estos dos puntos:

El carácter pornográfico de las imágenes pretendidamente exhibidas por el acusado al Menor como elemento necesario para la condena por el delito tipificado en el artículo 186 CP; y

Los motivos por los cuales se determina la pena por el delito en grado de tentativa previsto en los artículos 183.1 y 183.2 CP reduciendo la pena en un grado en lugar de dos grados conforme contempla el artículo 62 CP.

Sobre estos dos puntos se ha dado ya debida respuesta por esta Sala en los FD nº 4 respecto a la existencia del material pornográfico determinante de la condena por el art. 186 CP; y en el FD nº 6 a los que nos remitimos.



Es clara y concreta la condena por el delito del art. 186 CP por el material pornográfico exhibido al menor que con 6 años se vio obligado a sufrir en el desarrollo de su personalidad estos actos perversos de su propio abuelo, que requerirían de una reflexión sobre este tipo de conductas desviadas, y, nada menos que con un menor de 6 años y su propio nieto. Y, por otro lado, la propia gravedad de los hechos no permite la rebaja penal en los dos grados que propugna. No se trata de hechos superfluos o insignificantes. Se trata del grave perjuicio causado en su sexualidad a un menor de 6 años que en el futuro podría tener comprometidas sus conductas y reacciones por estos hechos vividos y sufridos y con la gravedad de afectación personal por sus reacciones que se han detectado en la pericial.

El motivo se desestima.

DÉCIMO QUINTO.- 14.- Por infracción de precepto constitucional (i): vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de interdicción de la indefensión (artículo 24.1 C.E. en relación con el artículo 238.3º LOPJ).

Entiende el recurrente "que la denegación de diligencias probatorias en la fase de instrucción y de la práctica de medios de prueba propuestos en el acto de juicio oral, así como la declaración de improcedentes, impertinentes o capciosas de las preguntas que pretendíamos realizar a testigos y peritos, constituyen vulneraciones de las normas procesales que ya han sido objeto de motivos específicos de este recurso pero que se concretan además en una vulneración múltiple del artículo 24.1 CE al producimos indefensión real y efectiva. Y que se ha vulnerado el artículo 24.1 CE con resultado de indefensión en relación con el Informe de la Psicóloga DOÑA Rosalia y la denegación de entrega de la grabación de la ratificación en fase de instrucción, de la citada psicóloga y de la grabación de la exploración el Menor realizada en sede de la clínica médico forense. "

Se han tratado ya estos temas anteriormente y han sido objeto de desestimación. Se vuelven a plantear bajo el abrigo del alegato de vulneración de tutela judicial efectiva, pero ya se ha expuesto que en ningún caso ello se ha producido, ya que no existe la pretendida indefensión material, por cuanto los extremos suscitados no tenían admisibilidad alguna. Ha sido ya objeto de examen.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEXTO.- 15.- Por infracción de precepto constitucional (ii): vulneración de la presunción de inocencia.

Se ha analizado todo el contenido atinente a la presunción de inocencia con ocasión del motivo nº 1, FD nº 2 de la presente resolución al que nos remitimos bajo la consideración del adecuado y ponderado análisis llevado a cabo por el TSJ en el juicio de racionalidad de la valoración probatoria. Articula, del mismo modo, submotivos que ya han tenido debida respuesta.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SÉPTIMO.- 16.- Por infracción de precepto constitucional (iv): vulneración del derecho a ser juzgado de forma imparcial.

Vuelve a plantear que se ha vulnerado la presunción de inocencia, pero ello ya ha sido objeto de detallado examen.

El motivo se desestima.

DÉCIMO OCTAVO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de **Víctor Manuel** , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 29 de mayo de 2019, que desestimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de indicado acusado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta, de fecha 21 de diciembre de 2018. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso, aunque con la referencia adicional a tener en cuenta que se recoge en el fundamento jurídico nº 10 de la presente resolución para la liquidación de la condena. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.



Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ