



RECURSO CASACION núm.: 109/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 467/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 21 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional, y quebrantamiento de forma, interpuesto por la representación del acusado D. José María Martínez Sanz, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera de fecha 13 de noviembre de 2018 en el Rollo de Sala nº. 37/2016, que le condenó por un delito continuado de abuso sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la procuradora D^a Isabel Campillo García, bajo la dirección letrada de D. Eduardo de Erenchun Arteche, y como parte recurrida D. xxx, representado

por el procurador D. Alejandro Viñambres Romero, bajo la dirección letrada de D^a Leticia de la Hoz Calvo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción nº 5 de Getxo instruyó sumario nº 640/15, contra D. José María Martínez Sanz y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1^a, que con fecha 13 de noviembre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: «PRIMERO.- Durante los cursos académicos de 2008-2009 y 2009-2010, XXX, nacido el.... de..... de....., cursó estudios de 1º y 2º de la ESO en el Colegio Gaztelueta de Bizkaia, centro éste donde había ingresado en 2003.

En los referidos años académicos, el acusado José María Martínez Sanz, con DNI y sin antecedentes penales, fue designado por los responsables del centro educativo, preceptor de los alumnos de la clase de XXX; figura ésta concebida en el centro escolar a modo de guía personal de cada alumno que, en general, ejercía funciones de supervisión de la evolución de los alumnos encaminada a su ayuda, a participar activamente en el seguimiento de su formación académica, pero también a contribuir a su mejora a nivel personal, social y espiritual.

Para el desarrollo de esta tarea se entrevistaba personalmente con todos y cada uno de los alumnos principalmente en el despacho cuyo uso tenía asignado, por su condición de jefe de estudios, en la segunda planta de una de la edificaciones del centro escolar. En general, el número de entrevistas --denominadas en el centro con el término de preceptuaciones-- que el Sr. Martínez Sanz mantenía con cada alumno solía ser de dos o tres veces al mes, frecuencia que no obstante podía variar en atención a circunstancias concretas de un alumno en particular, mientras que la duración de las mismas estaba en torno a los 15 minutos.

Durante el discurrir de ambos cursos, sin que podamos especificar el comienzo, pero sí con seguridad durante el desarrollo del 2º curso de la ESO, la frecuencia y la duración de las entrevistas que el acusado mantuvo con XXX aumentó significativamente, hasta el punto de que llegó a retirarle de las actividades que estaba haciendo, incluso de

las propias clases, para mantener entrevistas (preceptuar) en una frecuencia mínima de dos veces por semana y con una duración variable, pero superior a la descrita, que llegó en una ocasión a prolongarse durante 50 minutos.

En estas entrevistas, sin que podamos precisar la fecha, el acusado comenzó a interesarse por la vida sexual del alumno XXX, y más concretamente sobre si se masturbaba, a lo que el alumno desconcertado respondió que no.

En este contexto de continuar interesado en la faceta personal de la vida sexual de XXX durante las entrevistas mantenidas en el despacho, y siendo plenamente consciente de la autoridad que por su condición de preceptor ostentaba sobre el alumno, y valiéndose de esta influencia y también del escaso conocimiento que en materia sexual contaba, en una ocasión cuya fecha desconocemos pero en el 2º curso, con el aparente motivo de examinar juntos las evaluaciones que había obtenido y dado que XXX estaba sentado frente a él, le ordenó que se aproximara para que pudiera visualizar la notas en la pantalla del ordenador, y con ánimo libidinoso, le ordenó que se sentara encima de sus piernas, haciéndolo el alumno, quien al sentir el pene del encausado en erección se sintió asustado, levantándose a continuación.

En otra preceptuación el encausado, en el mismo despacho, y con el mismo ánimo libidinoso, le conminó a que se quitara la camisa, y tras desabrocharse XXX varios botones de la misma, se le acercó y le empezó a tocar por el cuello, por el pecho, por el vientre y por debajo del mismo, ello sin que llegara despojarse del pantalón que vestía. Y en otra posterior, también en fecha no determinada del 2º curso y en el mismo lugar y con el mismo ánimo, estando XXX sofocado por haber hecho ejercicio, le ordenó que se quitara la corbata, algún botón de la camisa, y desabrochándose XXX los botones de la misma, el acusado comenzó a tocarle el cuerpo, los muslos, los glúteos y también sus genitales, ello por encima de la ropa interior, y sin estar desnudo.

En diferente ocasión, cuya fecha tampoco se puede precisar aunque se sitúa en 2º de la ESO., también en el despacho y con el motivo de preceptuar, el acusado, con ánimo de atentar contra la indemnidad sexual de XXX, le exhibió fotografías de mujeres en bikini o ropa interior en el ordenador, instándole al alumno XXX a que se masturbara. Le dio indicaciones sobre la manera de hacerlo, y tras masturbarse XXX y terminar eyaculando, se limpió con pañuelos de papel que le proporcionó el profesor encausado.

Finalmente, en otra ocasión en el citado despacho, en fecha tampoco exactamente determinada pero próxima a la finalización del 2º curso, y con idéntico propósito de atentar contra su indemnidad sexual, el acusado Sr. Martinez Sanz le obligó a colocarse sobre la mesa, a bajarse parcialmente los pantalones y ropa interior sin poder ver su propio cuerpo, y le obligó a introducirse un bolígrafo por el ano.

SEGUNDO.- Paralelamente, mientras los citados hechos iban sucediendo, XXX era increpado por un número indeterminado de alumnos, pero en torno a cinco o seis, sobre sus frecuentes y duraderas preceptuaciones, de tal suerte que le interrogaban sobre lo que hacía con el encausado, llegando a cuestionarle de manera frecuente si era "su novia", y si "se cascaban pajas". Se desconoce concretamente si tales interpelaciones de sus compañeros tenían lugar abiertamente ante la presencia de más alumnos en general o se dirigían a él de forma más privada en los distintos momentos de la actividad escolar.

No se ha acreditado que el encausado tuviera conocimiento de estas conductas de los compañeros de clase del querellante.

Con posterioridad, en breves fechas anteriores al mes de mayo de 2011, el querellante recibió en su teléfono móvil mensajes de ex compañeros del colegio Gaztelueta en que proferían expresiones tales como que "iban a follar a su madre, le iban a tirar de un quinto piso, y le iban a matar, etc."

TERCERO.- Como consecuencia de estos hechos cometidos por el encausado, XXX sufrió un trastorno por estrés postraumático (TEPT) diagnosticado formalmente desde octubre de 2011, pero que precisó de tratamiento psicológico, ya en fecha anterior de mayo de 2011, y de tratamiento psiquiátrico desde octubre de ese año hasta la actualidad; padecimiento éste que persiste al día de la fecha, aunque con una evolución favorable.

El querellante no formula petición indemnizatoria alguna, al haber formulado expresa reserva al ejercicio de la acción civil que pudiera derivar de la infracción penal.»(sic)

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, dictó sentencia nº 79/2018 con el tenor literal siguiente: «FALLAMOS: Que condenamos a José María Martínez Sanz como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual, ya definido, a la pena de **11 años de prisión**, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta por igual periodo, así como la prohibición de acercarse a XXX por un tiempo de 15 años, y al abono de las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de Casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial.»

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

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. José María Martínez Sanz, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. con relación al art. 5.4 de la LOPJ por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, a la no indefensión y al derecho de igualdad de armas entre las partes, integrándose en todos ellos el derecho a ser juzgado de forma imparcial conforme al artículo 24 de la CE.

Segundo.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. y del art. 5.4 de la LOPJ, por infracción del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE.

Tercero. Al amparo del nº 1º del art. 849 de la LECrim., por indebida aplicación del art. 181.1, 3 y 4 en relación con el art. 180. 3 y 4 del CP.

Cuarto.- Al amparo del nº 1º del art. 849 de la LECrim., por indebida aplicación del art. 181.1, 3 y 4 en relación con el art. 180.3 y 4 y 74 del CP.

Quinto.- Al amparo del art. 851.4 de la LECrim. por imponer una pena más grave a la solicitada por las acusaciones, sin hacer uso de la facultad dispuesta en el art. 733 de la LECrim., y al amparo del art. 852 de la LECrim. por vulneración del principio acusatorio.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, por escritos de fecha 8 de marzo y 14 de febrero de 2019 respectivamente, solicitaron la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 16 de julio de 2020 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 9 de septiembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 79/2018, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, condenó al acusado José María Martínez Sanz como autor de un delito continuado de abuso sexual, a la pena de 11 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse a XXX durante quince años, resolución dictada en el rollo penal núm. 37/2016, dimanante del sumario ordinario núm. 640/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Getxo.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación. Se formalizan cinco motivos que van a ser objeto de análisis conforme a la sistemática expuesta por la defensa.

2.- El primero de los motivos se hace valer al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, a la no indefensión y al derecho de igualdad de armas

entre las partes, integrándose en todos ellos el derecho a ser juzgado de forma imparcial conforme al art. 24 de la CE.

A juicio de la defensa, el Tribunal no actuó con la imparcialidad objetiva que habría sido deseable. De hecho, tanto su Presidente como los otros dos componentes intervinieron activamente tras finalizar el turno de defensa, interrogando a *«...casi todas las personas que depusieron en el acto del juicio oral, a saber, el acusado, querellante, testigos y peritos»*. Y lo hicieron tras agotar su turno la defensa. Sostiene el recurrente que *«... tal intervención no se realizó de forma excepcional y con mesura, sino que incluso fue anunciada al inicio de algunas de las pruebas, haciéndose también supliendo deficiencias de las acusaciones, e incluso, de las que tuvo el testimonio del querellante que se erigió en la prueba única para basar la condena del recurrente»*.

Como reflejo de esa pérdida anticipada de imparcialidad, el recurrente se refiere al desarrollo de la prueba pericial, realizada de forma conjunta -decisión que no objeta la defensa-, pero que dio pie al Presidente a anticipar, antes del inicio de la prueba, que una vez terminada la exposición, después de contestar a las preguntas o aclaraciones de las partes acusadoras y defensa, contestarían a las que el propio Tribunal iba a formular.

Esa afirmación -concluye el razonamiento impugnatorio- evidencia que *«...ya había en el ánimo del enjuiciador la voluntad de formular preguntas desdeñando esa cautela y mesura en su intervención como la jurisprudencia consolidada –a la que nos hemos referido al principio del motivo- tiene establecido»*.

2.1.- La cuestión suscitada por la defensa -la imparcialidad del órgano decisorio- afecta a uno de los presupuestos que legitiman el ejercicio de la función jurisdiccional. La imparcialidad se convierte así en la garantía

del derecho a un proceso justo, proclamado en el art. 6 del CEDH y en el art. 24.2 de la CE.

Son muchos los precedentes en los que esta Sala ha tenido que pronunciarse acerca de los límites derivados de la facultad que el párrafo 2 del art. 708 de la LECrim concede a órgano decisorio. La fijación de límites a esa excepcional iniciativa puesta al alcance, no solo del Presidente del tribunal, sino de cualquiera de los Magistrados que integran el órgano de enjuiciamiento, no es, desde luego, novedosa. De hecho, ha sido objeto de tratamiento -decíamos en la STS 459/2019, 14 de octubre y 220/2020, 22 de mayo- en copiosa jurisprudencia dictada por esta Sala y por el Tribunal Constitucional. En nuestra sentencia 28/2011, 26 de enero, apuntábamos que *«...se impone, pues, la búsqueda de un equilibrio entre la actitud del Juez que con su actuación busca suplir las deficiencias de la acusación -lo que implicaría una visible quiebra de su estatuto de imparcialidad- y la de aquel que solo persigue aclarar algunos de los aspectos sobre los que ha versado la prueba (...) y que las preguntas de las partes no han logrado esclarecer suficientemente. Así, mientras que la primera de las actitudes descritas implicaría una inaceptable vulneración del principio acusatorio, en lo que tiene de inderogable escisión funcional entre las tareas de acusación y las labores decisorias, la segunda de ellas no tendría por qué merecer censura constitucional alguna. (...) Las facultades del Presidente han de ponerse al servicio del fin constitucional que les es propio, huyendo de cualquier gesto susceptible de ser interpretado como expresión de credulidad o incredulidad respecto de las respuestas del testigo o del perito»*.

Precisamente en la búsqueda de límites al ejercicio de esta facultad, decíamos en la referida sentencia que *«...no han faltado resoluciones que estiman vulnerado aquel principio por la actitud del Presidente del Tribunal que, al constatar que el acusado se acogía a su derecho a guardar silencio, formuló "... toda una batería de preguntas inequívocamente incriminatorias que el acusado respondió afirmativamente" (STS 291/2005, 2 de marzo)*.

Idéntico criterio ha sido proclamado por esta Sala cuando el Presidente interrogó al acusado durante diez minutos formulándole más de sesenta preguntas, siendo irrelevante que en el transcurso de ese interrogatorio advirtiera al acusado que, pese a sus preguntas, aquél tenía derecho a guardar silencio (STS 780/2006, 3 de julio)».

La facultad que concede al juez español el párrafo segundo del art. 708 de la LECrim no es, desde luego, insólita en el panorama del derecho comparado. En efecto, la STS 1084/2006, 24 de octubre, tuvo oportunidad de precisar que «...la doctrina reconoce que una cierta iniciativa probatoria del Juez penal no es incompatible con el principio acusatorio y con el derecho al Juez imparcial; y, a este respecto, se pone de manifiesto que, en el ámbito de nuestro entorno europeo, los ordenamientos jurídicos de los Estados que han suscrito los mismos tratados internacionales que España (Alemania, Italia, Francia, Portugal) admiten con distintos matices y amplitud la iniciativa del Juez penal en materia probatoria (244, II del CP Alemán, art. 507 del Código Procesal italiano, art. 340.1º del Código Procesal portugués, art. 310 del Código Procesal francés)».

En la misma línea, la STS 205/2015, 10 de marzo, recordaba que «...la adopción por el Tribunal en el seno del propio juicio oral de iniciativas tales como interrogatorios con sesgos inquisitivos; búsqueda militante de pruebas incriminatorias suplantando a la acusación, advertencias al acusado que revelan prematura y anticipadamente una convicción sobre su culpabilidad; o en el reverso, complacencia indisimulada con el acusado, rechazo automático, infundado e irreflexivo de todas las cuestiones suscitadas por la acusación; apariencia de "complicidad", connivencia o sintonía preexistentes con las posturas defensivas, pueden implicar quiebra de la imparcialidad objetiva del Tribunal».

En el FJ 4º de esa misma resolución, añadíamos que «...un real ejercicio de las facultades de dirección del debate de las que no se puede dimitir en aras de una incontaminación quasi virginal que es inexigible,

inviabile y hasta improcedente si se la concibe como pasividad o absoluta impermeabilidad o indiferencia frente al devenir de la actividad probatoria y sus incidencias. El Presidente está llamado a ser algo más que una esfinge casi silente, o encadenada a fórmulas mecanizadas (dar los turnos sucesivos, realizar las advertencias legales) que podría desarrollar igualmente un aparato robotizado debidamente programado. Imparcialidad no implica absoluta pasividad. La belleza de la metáfora con que Alonso Martínez recoge esa posición que evoca uno de los recurrentes, es compatible con situaciones como las que se traen a colación, especialmente en juicios largos con algunas dosis de lógica tensión. La dirección del acto reclama muchas veces intervenir, encauzar, advertir, completar, en algún caso interrumpir... En esa imprescindible y no fácil tarea son admisibles estilos diversos. Son asumibles por el sistema algunos nunca totalmente evitables errores si carecen de relevancia significativa (repetir una pregunta, algún comentario que podría haberse omitido, improcedentes aunque disculpables gestos de impaciencia ante la actitud de algún testigo, un tono quizás aparentemente airado en algún momento fruto a veces de un malentendido que luego se aclara... son incidencias tolerables, inherentes a la condición humana, a las que nadie está totalmente sustraído. Pero ni son necesariamente signo de parcialidad, ni han de interpretarse como tales, ni bastan para anular un juicio. Pueden ser fruto de un determinado estilo o forma de dirigir el debate. Para afirmar que se ha producido un desbordamiento tal de la función de la Presidencia que ha degenerado en parcialidad, no basta cualquier presunto exceso o desacierto. En principio ha de presumirse la imparcialidad (STEDH 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt)».

2.2.- En sus alegaciones, destaca la defensa que el acusado, José María Martínez Sanz, se había acogido a su derecho a no contestar al interrogatorio que le pudiera formular la acusación particular. El Presidente, en unas ocasiones por propia iniciativa, en otras a instancia de los dos Magistrados que integraban el Tribunal, formuló el siguiente interrogatorio, que es objeto de transcripción literal:

«Pregunta nº 1: Imagino que Ud. habrá intentado encontrar alguna explicación a los hechos que relata XXX y que Ud. niega tajantemente. ¿ha podido encontrar alguna explicación, por qué, según su versión, miente?»

Respuesta: No. No he conseguido encontrar ninguna explicación. Vivo, son 260... dos mil son muchos días 2269 días que me levanto por la mañana, que me levanto por la mañana y no encuentro explicación. Yo sé que aquí vendrán profesionales que podrán explicar... porque yo no soy, yo soy un maestro. Sé que aquí vendrán psicólogos que quizá puedan explicar por qué tienen esta frustración o tienen esta inquina. No sé qué es. Pero yo no tengo explicación para esto.

Pregunta nº 2: Cuando Ud. se entrevistaba con él en las preceptuaciones, me imagino que intentando asesorarle y como ha contestado Ud, intentando que prestara atención o que actuara ante posibles omisiones y falta de interés en el desarrollo de su educación y así poder aprobar, en definitiva, las asignaturas... ¿La postura de XXX hacia Ud. cómo era? Me explico. ¿Él le escuchaba sin más, le respondía de alguna manera, qué tipo de relación, qué tipo de diálogo se mantenía y sobre todo con qué tono?»

Respuesta: Muy bien. La relación que tenía con XXX era la misma que tenía con cualquier otro alumno. Yo estaba en mi despacho, en la mesa, y el habitualmente se sentaba enfrente, Y entonces, ahí, íbamos tratando los distintos temas que se tratan en el asesoramiento, que es pues: académicos, de relación con sus compañeros, de preocupaciones de la adolescencia y en el caso de XXX sí que me encontraba ante la necesidad de intentar saber por qué sus padres decían que era tan bueno, tenía tantas dificultades. Yo pensaba: “bueno, a ver si consigo encontrar la clave”. Porque claro, yo iba por ejemplo con él y le decía: “trae el cuaderno de matemáticas vamos a ver las igualdades notables” Su cuaderno de matemáticas era perfecto: limpieza, marcado. Y decía: ¿dónde está el

problema? Porque llevaba con dificultades en matemáticas desde primaria. En primaria no sé si pasaría del notable en matemáticas y en secundaria no sé si pasaría del bien, igual algún notable... Y no entendía. Y luego para la gramática pues lo mismo: vamos a ver ¿Qué haces con la pasiva cuando tienes el verbo ser? Y le explicaba cuestiones. O repasábamos los verbos irregulares... Te van a preguntar. En el colegio los verbos irregulares es como la lista de titulares de un equipo. Te los tienes que saber sí o sí. Entonces tienes que repasarlos. Veía que más o menos se los sabía bien. Dedicarle ese tipo de atención pero no acertaba. Yo a XXX nunca le llegué a conocer. Así como hay otros alumnos, que los he llegado a conocer bien, que han llorado en mi despacho por preocupaciones..., XXX, no sabía, de verdad, qué pensaba.

Pregunta nº 3: ¿En su clase no presentaba problemas de, me refiero, de acceso a buenas notas; en definitiva a problemas con la asignatura? En su asignatura

Respuesta: No especialmente. Pero es cierto que como a veces faltaba a clase si no le insistía en qué era lo importante se me iba por las ramas. Es cierto que yo he sido exigente como profesor. He intentado ser justo. Y entonces suspendía a gente. Y es cierto que los profesores de religión no tenían esa costumbre. Y yo suspendía porque quería que los alumnos estudiaran. Entonces, claro, si no vas a clase y no te enteras de qué es lo que entra (¿?) y vas hacia otras preguntas que son menos importantes y tienes menos capacidad de centrarte.

Pregunta nº 4: Y una última pregunta por mi parte, al menos ¿considera Ud –si lo puede recordar- que en términos generales y debido a lo que ha explicado a este tribunal por las razones que nos ha descrito, consideraría o considera, que en general Ud. estuvo o intervino empleó más tiempo, más dedicación a XXX –tiempo, tiempo, horario, eh, no esfuerzo que me imagino que también- tiempo con XXX

que con el resto de los 19 preceptuados si no le he entendido mal – que tenía 19 o 20-?¿En líneas generales Ud. diría que tuvo que emplear más tiempo sobre todo en 2º?

Respuesta: Con XXX sí, tuve que emplear más tiempo y también empleé más tiempo con otros preceptuados que no eran de la clase de XXX..

Pregunta nº 5 (formulada por otro Magistrado): Me plantea mi compañero si Ud. tenía conocimiento de las ausencias –nos ha explicado que una fue por motivo de enfermedad- si el colegio tomaba alguna medida si se trataba de ausencias sin justificar, si se ponían en contacto con la familia, en fin... si en definitiva... Nos ha quedado claro que Ud. refiere que faltaba a clase, que faltó, que faltaba más que el resto, pero esa ausencia de clase tenía algún tipo de justificación y se adoptó algún tipo de conducta por parte de la dirección o la subdirección del colegio.

Respuesta: Por un lado, esas ausencias eran conocidas desde primaria, o sea, que de algún modo uno está más preparado. Y es cierto que habitualmente la familia llamaba y decía: hoy no vendrá a clase. Y te quedabas tranquilo porque supone que es por lo que sea... un dolor de cabeza, una fiebre, un vómito... no sé.

Aclaración: O sea, que la familia sí avisaba. En una palabra.

Respuesta: Sí. Bueno, y habitualmente nuestro modo de proceder era, llamar si no, a la familia. Es cierto que, a veces, en alguna ocasión puede ocurrirte que no viene el alumno pero estás tan acostumbrado que dices: pues habrán llamado a otro, no me han dado el recado a mí y me olvido».

A la importancia de ese interrogatorio, suma la defensa el tono que lo presidió y las preguntas que se formularon por el Presidente durante la

declaración de la víctima, hasta el punto que considera que en su transcripción puede observarse «*el núcleo de la pérdida de imparcialidad de la Sala enjuiciadora*».

Así, tras responder al interrogatorio de las partes, el Presidente le advirtió sobre la relevancia e importancia que su testimonio tenía para el enjuiciamiento del hecho. Las preguntas fueron las siguientes:

«XXX le voy a explicar cómo funciona el juicio. Y se lo explico para que Ud... Nosotros estamos enjuiciando los hechos, aquí, hoy, lo que Ud. nos está declarando. Lo que ha declarado con anterioridad no lo conocemos. El tribunal no lo conoce. Y solo se le pone de manifiesto a través de las preguntas que le hacen los letrados, porque ha habido alguna contradicción en lo que ha declarado con anterioridad. ¿Y por qué le digo esto? Porque el enjuiciamiento de los hechos depende exclusivamente, casi, en exclusiva, entre otras cosas de lo que Ud. declare aquí y ahora.

Entonces, con esto, lo que me sirve para decirle, que desafortunadamente por nuestra profesión estamos obligados a enjuiciar hechos de contenido sexual (i) y por tanto estamos muy familiarizados a llamar a las cosas por su nombre, a los actos sexuales por su nombre. Y en algunas ocasiones noto que Ud. probablemente por educación, pudor o el respeto que le inspiramos o el simple temor que inspira un tribunal y el acto duro que sin duda está atravesando... refiere las cosas de manera algo ligera, desde mi punto de vista, o desde nuestro punto de vista.

Pregunta nº 1: Quiero decirle, por ejemplo, cuando Ud. dice que se le exhibía fotografías, páginas en el ordenador, con mujeres algo ligeras de ropa, ¿Eran mujeres desnudas? ¿Qué es esto de algo ligeras de ropa?

Respuesta: Mujeres en bikini, sujetador, en ropa interior.

Pregunta nº 2: Otra pregunta que le tengo que hacer forzosamente a raíz de lo que Ud. ha manifestado. Ud. nos ha dicho, que en esa edad, 12 y 13 años, porque Ud. nació en el 96 si no me equivoco. A esa edad no sabía exactamente qué era una masturbación aunque tenía un ligero conocimiento por haberlo oído a los demás que se trataba de algo que se practicaba en el cuerpo y de carácter prohibido. Bien. Mi pregunta es, no sabiendo en qué consistía una masturbación y refiriendo Ud. que el acusado le obligó a hacerse Ud. una masturbación – por eso dígo, hable Ud. de los términos sexuales tal y como son, además es Ud. ya mayor de edad- pero yo le pediría que explicara en qué consistía una masturbación ¿se lo dijo, se lo explicó?

Respuesta: Sí.

Pregunta nº 3: Entonces, ¿Cómo fue la secuencia exacta? Le ponen a Ud., o según lo que nos comenta, le ponen en el ordenador mujeres ¿Me ha dicho Ud. mujeres en bikini, en sujetador y braga, no?

Respuesta: Sí.

Pregunta nº 4: ¿Ud. se baja los pantalones, se los baja el acusado? ¿Qué es lo que ocurre? Detalle un poco más porque, ya le digo, estamos acostumbrados al detalle. Y, además, es que precisamos de ese detalle. Habla Ud. de un acto de masturbación pero ahí se queda. ¿Qué pasa antes, cómo se produce, qué es lo que sucede, qué ocurre con su ropa, qué es lo que hace el acusado? No nos diga, tan solo, recuerdo ... ni la ¿? Que me obligó a masturbarme. Descríbanos la escena si es tan amable, en lo que pueda recordar

Respuesta: Yo recuerdo ponerme de pie, bajarme los pantalones.

Pregunta nº 5: Ud. ¿por qué él le obliga a bajárselos? ¿se los baja Ud.? ¿Se los baja él? Respuesta: Porque él me obliga, yo me los bajo y él se acerca y sin llegar a tocarme me indica cómo tengo que poner la mano.

Pregunta nº 6: ¿Los calzoncillos, qué pasa? ¿Con ellos? Respuesta: Sí, eso.

Pregunta nº 7: Eso, ¿Qué es eso? Descríbame Ud. por favor, le vamos a tener que sacar como si fuera con un sacacorchos la acción. ¿Pantalones y calzoncillos?

Respuesta: Sí, sí, todo, pantalones y los calzoncillos.

Pregunta nº 8: Entonces ¿le dice que tiene que manipular el pene? Respuesta: Sí.

Pregunta nº 9: ¿Y Ud. se excita entre la visión de las ...?

Respuesta: De la pantalla.

Pregunta nº 10: Entonces, se masturba, eyacula y dice Ud. que ¿él le limpia? Respuesta: No, él me ofrece pañuelos.

Pregunta nº 11: Le ofrece los pañuelos. ¿El pañuelo está en la mesa? Respuesta: No, en el armario, solía guardar ahí, pues me los pasa y yo los uso.

Pregunta nº 12: A continuación, tras terminar el acto, se viste Ud. ¿y se marcha? Respuesta: Sí.

Pregunta nº 13: ¿Abandona el lugar? Bien... Ha quedado claro, que lo que Ud. refiere como episodio que es colocado contra la mesa y le introducen... No puede Ud. describir si es exactamente un bolígrafo, o más,

etc.... ¿Ha quedado claro que se refiere a bolígrafo o se refiere a dedo? ¿O no lo puede precisar?

Respuesta: No lo puedo decir. No sé. No lo puedo precisar.

Afirmación del Presidente: Ya sé que es duro, pero...

Respuesta: Yo diría que usaba bolígrafos, pero que en algún momento sí que hubo contacto con la mano, con algún dedo, pero no... Sé decir que probablemente eran bolígrafos pero no sé decir si también fueron dedos o solo bolígrafos.

Pregunta nº 14: Bien. Ud. abandona el colegio. Ya nos ha referido que le llevan al colegio inglés. Empieza con unos episodios difíciles por llamarlos de una manera simple y no extenderme. ¿Cuánto tiempo y con cuántos psiquiatras se entrevista Ud.? ¿Cuándo es la primera entrevista que tiene con el psiquiatra?

Respuesta: No lo recuerdo, la primera entrevista. Sé que he estado con A. M., que es una psicóloga; con I.V.; y luego con una...

Pregunta nº 15: ¿Y Ud. no lo puede ubicar temporalmente desde la salida del colegio Gaztelueta? ¿No sabe si es un año después, dos años después, tres años?

Respuesta: No. Más o menos puedo saber el orden de con quién estuve antes, más o menos, pero el tiempo no sé.

Pregunta nº 16: Y me dice Ud que fue una psicóloga...

Respuesta: Fue primero, creo que fue B.S., que es una psicóloga, después A.M., luego E.S., que es una psiquiatra del hospital Basurto, y finalmente I.V.

Pregunta nº 17: ¿Ud. no les refirió nunca nada de estos episodios a ellos? Respuesta: No.

Pregunta nº 18: ¿Acudía a sesiones más o menos periódicas? Respuesta: Sí.

Pregunta nº 19: Antes ha expresado que no se sentía con fuerza y que además sentía mucha vergüenza. ¿Ninguno le transmitió la suficiente confianza... de qué hablan?

Respuesta: No, porque yo cuando iba en esa época me..., sentía más vergüenza o temor por mis compañeros, por lo que me hicieron. Estaba más afectado por eso. Luego, sí, con el paso del tiempo me he sentido con más vergüenza por las dos cosas.

Pregunta nº 20: O sea, que Ud. les refería a los diferentes especialistas en psicología y psiquiatría más que nada un problema de angustia provocado por el contacto con compañeros y por un supuesto acoso y burlas, no es lo mismo acoso que burlas pero, vamos, en definitiva, por sentirse Ud. más o menos maltratado por sus compañeros ¿en concreto de Gaztelueta?

Respuesta: De Gaztelueta.

Pregunta nº 21: No perdió Ud. ningún... Ha dicho la palabra cursos, pero ¿Nos puede Ud. concretar cuándo perdió esos cursos? ¿3 o 4 cursos nos ha dicho, me parece?

Respuesta: Sí, no fue ni en Gaztelueta ni en...

Pregunta nº 22: No. De Gaztelueta se marcha y Ud. sigue el curso ¿Sería tercero de la ESO? No controlo muy bien los cursos académicos.

¿Tercero de la ESO lo termina ese año? Respuesta: Sí tercero lo terminé bien. Cuarto de la ESO a duras penas también lo saqué. Primero lo empecé en el colegio Inglés pero no acabé y me pasé a Logroño y en Logroño repetí, o dejé cursos.

Pregunta nº 23: O sea, que dos cursos, el tercero empezó a repetir... de haber abandonado Gaztelueta me refiero. ¿no?

Respuesta: No, o sea, yo empecé a no aprobar o repetir a partir de bachillerato en un colegio de Logroño.

Pregunta nº 24: ¿Eso va después de 3º de la ESO?

Respuesta: Sí, eso es 3º de la ESO, 4º de la ESO, 1º de Bachillerato.

Nada más. Muchas gracias por su colaboración».

A juicio de la defensa, la advertencia del Presidente al testigo, acerca de la importancia de su testimonio, y la reelaboración de las preguntas, fueron determinantes para que una declaración inconsistente, desde el punto de vista de su valor incriminatorio, adquiriera valor de prueba de cargo. Y todo ello a partir de unas preguntas emanadas del órgano decisorio que, con esa forma de actuar, habría vulnerado su estatuto de imparcialidad, al no limitarse a valorar la prueba ofrecida por las partes, sino a interferir su desarrollo.

El motivo no es viable.

2.3.- En el presente caso, la Sala no puede avalar incondicionalmente la batería de preguntas que fueron formuladas por el Tribunal al acusado, a los testigos y a los peritos que depusieron en el plenario. No es descartable incluso que a los ojos del Fiscal, de las partes o de cualquier espectador del desarrollo del juicio oral, ese protagonismo de

los integrantes del órgano decisorio causara desconcierto. Pero no debemos detenernos en esa ruptura, incluso escénica, del papel asumido por el órgano colegiado.

El debate es otro.

De lo que se trata es de conciliar la necesaria distancia que los integrantes del órgano judicial han de mantener respecto del enfrentamiento *inter partes* que se desarrolla ante ellos y la vigencia de otros principios que también convergen en el proceso penal. La *justicia* como valor constitucional, desde luego, no puede ser proclamada por el Juez que se ha apartado de los presupuestos que legitiman el ejercicio de la función jurisdiccional, pero tampoco se hace presente cuando el esclarecimiento de un hecho de relevancia jurídica, aportado por el Fiscal o las defensas, queda enturbiado por la indiferencia del órgano decisorio, que claudica del ejercicio de la facultad que habilita el párrafo 2 del art. 708 de la LECrim «...*para depurar hechos*» sobre los que ya se han pronunciado las partes.

Es obvio que ese instrumento puesto al alcance del Tribunal no puede convertir a éste en un entusiasta '*amicus acusationis*', llamado a asumir el papel del representante del Ministerio Público en el ejercicio de la pretensión punitiva. Tampoco puede servir de fórmula para reparar las deficiencias técnicas que el Tribunal advierta en el ejercicio de la acusación pública o particular. De hacerlo, el proceso penal se contamina y se aleja de sus fuentes legitimadoras. La imparcialidad del Juez no es ajena a una genuina dimensión ética. La limitación de derechos inherente a la investigación penal y, de forma más visible, a la pena finalmente impuesta, sólo puede hacerse democráticamente aceptable cuando la imparcialidad de los integrantes del órgano jurisdiccional está fuera de cualquier duda.

De ahí la importancia de que en todos aquellos casos en los que el desarrollo del plenario sugiera activar esa facultad-deber que otorga el art. 708 de la LECrim, los integrantes del Tribunal sean conscientes de que lo

que se autoriza es tan solo la *depuración* de hechos que ya han sido objeto de debate. Ese precepto no habilita interrogatorios, más o menos exhaustivos, en la búsqueda de adiciones fácticas que de forma sobrevenida se incorporan al objeto del proceso, tal y como ha sido predefinido por las partes.

En puridad, las preguntas formuladas por el Presidente deberían estar siempre conectadas a las respuestas ya ofrecidas por el declarante. En eso consiste la *depuración* de los hechos a los que se refiere el art. 708 de la LECrim. Sólo entonces esas preguntas adquieren el significado que le es propio. De ahí también su conveniente excepcionalidad. Depurar no es hacer aflorar las contradicciones que el Tribunal advierta en el interrogatorio que se está desarrollando en su presencia. Es el canon constitucional de valoración probatoria el que legitimará, en el momento a que se refiere el art. 741 de la LECrim, las inferencias inculpatorias o exoneratorias derivadas de esas contradicciones.

Es cierto que el dato meramente cuantitativo del número de cuestiones que se haya suscitado en la intervención del Presidente no puede ser definitivo, por sí solo, para deducir la pérdida de imparcialidad. Pero también lo es que un activismo que convierta al Presidente del Tribunal en uno más de los actores en el duelo entre la pretensión punitiva del Estado y la resistencia hecha valer por el acusado, no contribuye a hacer realidad la imagen de prudente distancia que impone la imparcialidad como valor constitucional.

Conviene precisar también un dato del que, en ocasiones, se prescinde. El art. 708 de la LECrim se ubica en el régimen jurídico del examen de los testigos en el juicio oral (sección 2ª, capítulo 3º, Título 3º, Libro III de la LECrim). En la práctica suele hacerse extensible el ejercicio de esa facultad a la declaración del acusado. En estos casos resulta indispensable que, con carácter previo a la formulación de las preguntas, se haga saber a su destinatario el derecho a guardar silencio. La omisión de

este recordatorio, siempre que vaya acompañada de la oportuna protesta por parte del Letrado que asume la defensa, puede ser el origen de una vulneración del contenido material del derecho a no confesarse culpable y a un proceso con todas las garantías, sin indefensión (art. 24.2 CE). De modo especial, en el caso en que esas respuestas ofrecidas en lo que el acusado creía que era el cumplimiento de un deber legal -responder a lo que pregunta el Presidente del Tribunal- hayan sido determinantes del juicio de autoría.

Pero lo verdaderamente definitivo es analizar -como ya hemos apuntado *supra*- si ese protagonismo del Presidente implicó, al margen de su prescindible reiteración, algo más que el deseo de aclarar el sentido de algunas de las respuestas ofrecidas principalmente por el acusado y la víctima. El examen detenido de los fragmentos en los que sitúa la defensa el factor desencadenante de la irremediable pérdida de la imparcialidad, no lleva a esa conclusión. Su lectura evidencia que, junto a pasajes en los que se advierte al declarante, en un apreciable tono pedagógico, de la importancia de su declaración, existen otros en los que lo que se busca es la obtención de detalles en las respuestas ya ofrecidas, algunas de las cuales, por cierto, carecen de trascendencia jurídica. Nada habría cambiado si prescindimos de una intervención y un protagonismo que, por más perturbador que pueda ser considerado -y la Sala así lo entiende-, no llegó a menoscabar el derecho al Juez imparcial.

Así lo ha valorado también el Fiscal del Tribunal Supremo en su dictamen de impugnación: *«... en el caso a examen, hay que decirlo, el Presidente del Tribunal quizá pecó de cierta exhaustividad en sus preguntas, algo en lo que puede convenirse con el recurrente, a partir del examen de los interrogatorios. Ahora bien, con todo, no cabe inferir que de tal manera de actuar se hayan seguido consecuencias determinantes, en el sentido de que, eliminadas las aportaciones a que diera lugar, las pretensiones acusatorias hubiesen quedado sin sustento»*.

2.3.1.- El recurrente encabeza sus alegaciones con una referencia a la sentencia del TEDH de fecha 6 de noviembre de 2018, dictada en el caso *Otegui Mondragón contra España*.

Sin embargo, la Sala coincide con el criterio del Fiscal cuando subraya en su escrito de impugnación que ninguna relación tiene la solución ofrecida por el Tribunal de Estrasburgo con el supuesto que ahora centra nuestra atención. En aquel caso, el TEDH declaró que se había producido una vulneración del art. 6.1 del CEDH –sobre el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial- en el caso de cinco dirigentes *abertzales*, que recusaron sin éxito a la Magistrada-Presidenta de una Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El Tribunal europeo consideró que «...*el recelo de Otegi y el resto de los demandantes pudo estar objetivamente justificado porque el Tribunal Supremo sí dio la razón al exdirigente de Batasuna cuando cuestionó la parcialidad de la juez en un juicio anterior por enaltecimiento del terrorismo*».

Para el TEDH, la misma razón que llevó al Tribunal Supremo a apreciar «*falta de imparcialidad de la Presidenta de la sala*» y a decidir la repetición del juicio contra Otegi, con una composición diferente, debió aplicarse al proceso posterior contra los cinco dirigentes *abertzales*. De hecho, hizo notar que la Presidenta «...*utilizó expresiones que implicaban que ella ya se había formado una opinión desfavorable*» de Otegi «...*antes de que el caso fuera decidido*», lo que era «*claramente incompatible con su participación en el segundo juicio*».

Es patente que la situación que aborda esta sentencia en absoluto se asemeja al caso que nos ocupa. En efecto, la argumentación del motivo que ahora hace valer la defensa se limita a reprochar al Tribunal que su intervención excedió de sus funciones por su «*actitud activa decisoria*» durante los interrogatorios en el acto del juicio oral, no a una predisposición contra el acusado que, por el contrario, era el *thema decidendi* de la resolución suscrita por el TEDH.

En definitiva, pese al laborioso esfuerzo de la defensa para respaldar el motivo, la Sala no advierte la pérdida de la imparcialidad que se denuncia. El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

3.- El segundo de los motivos, con la misma cobertura que el anterior (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim), denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

3.1 Considera la defensa que José María Martínez ha sido condenado sin una verdadera prueba de cargo. La Audiencia Provincial ha afirmado la autoría -se aduce- sin haberse ajustado a los parámetros valorativos proclamados por esta Sala. No ha existido persistencia en la incriminación ni, por supuesto, credibilidad objetiva. Están también ausentes los elementos de corroboración.

El desarrollo del recurso incluye una minuciosa referencia a la doctrina de esta Sala en relación con el significado constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Alude también a la traducción jurídica, desde la perspectiva del derecho cuestionado, de la existencia de hipótesis alternativas a la imputación que, si son razonables, convierten también en razonables las objeciones a la afirmación de la parte acusadora.

A juicio del recurrente, la sentencia sistematiza en distintos bloques el sustento fáctico de la acusación, diferenciando entre aquellos hechos que han sido probados exclusivamente por la declaración de la víctima y aquellos otros que, además, se sustentan en otras fuentes de prueba. La defensa va escalonando los argumentos críticos que deberían conducir a estimar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

Ya anticipamos que procede la estimación parcial del motivo.

3.2.- La Sala es consciente de las dificultades que rodean el tratamiento jurisdiccional de un hecho como el que es objeto del presente recurso. Se trata de una querrela por abusos sexuales ocurridos en un centro escolar adscrito a una prelatura religiosa y que tuvieron como víctima a un menor de edad. Los hechos adquirieron además una importante difusión en medios de comunicación a raíz de la denuncia formulada por los padres del menor.

Es importante, pues, reconocer el trabajo asociado a la sentencia que ahora es cuestionada. El enjuiciamiento de hechos que sucedieron ocho años atrás, la amplitud y exhaustividad de la prueba practicada y, en fin, la necesidad de verificar una valoración probatoria a partir de un cuadro de naturaleza indiciaria, añaden dificultades a una tarea jurisdiccional que ahora es objeto de fiscalización mediante el presente recurso.

Nuestro análisis ha de tomar como punto de partida dos ideas clave, proclamada en numerosos precedentes de esta Sala.

3.2.1.- La primera de ellas está relacionada con el espacio funcional que nos reserva el recurso de casación frente a la alegación del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Sólo un entendimiento preciso del concepto y de la significación funcional del recurso de casación, puede explicar las limitaciones de esta Sala a la hora de valorar una impugnación basada en el quebranto del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Estas limitaciones se hacen mucho más visibles en supuestos como el sometido a nuestra consideración. Se trata de una agresión sexual en la que agresor y víctima discrepan abiertamente sobre lo que realmente aconteció y en la que ambas partes ofrecen a la Sala elementos de prueba abiertamente contradictorios. Y es que, por más que con frecuencia se olvide, ningún parecido existe entre la posición procesal de la Audiencia Provincial ante la que se practican las pruebas y la capacidad del Tribunal Supremo para ponderar en términos jurídicos la corrección de la inferencia del órgano decisorio. No nos incumbe ahora realizar una nueva valoración

de la prueba. No nos resulta posible, en fin, proceder a un análisis secuencial de todas y cada una de las alegaciones mediante las que la parte recurrente trata de demostrar el error valorativo en que ha podido incurrir el Tribunal a quo. Aun cuando resulte una obviedad recordarlo, nuestra posición como órgano casacional no nos autoriza a optar entre la valoración probatoria que sugiere la parte recurrente y la que ha proclamado la Audiencia Provincial. Nuestro ámbito cognitivo no nos faculta, en fin, a desplazar la conclusión probatoria alcanzada por la Audiencia, ante el mayor atractivo de los argumentos que pudiera encerrar, en su caso, el discurso impugnativo del recurrente. Tampoco podemos neutralizar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba, (SSTS 300/2015, 19 de mayo; 21/2014, 29 de enero; 908/2013, 23 de diciembre; 326/2012, 26 de abril, 80/2012, 10 de febrero, 790/2009, 8 de julio, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril). El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia ha quedado sobradamente delimitado por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala (cfr. STS 553/2008, 18 de septiembre). Es en ese exclusivo ámbito en el que hemos de valorar las alegaciones de la defensa.

No hemos presenciado la prueba. La reivindicación de la inocencia de José María Martínez, el relato inculpativo de la víctima, el dictamen de los peritos y el testimonio de los testigos se ha desarrollado en presencia del órgano jurisdiccional de instancia. No nos incumbe, por tanto, revalorar la prueba, ni siquiera tratando de remediar nuestra falta de inmediación mediante el visionado de aquellos actos procesales que han sido documentados en soporte digital. Lo único que podemos hacer es valorar la legalidad de la prueba, su suficiencia inculpativa y la racionalidad de las inferencias sobre las que se construye el juicio de autoría.

3.2.2.- Otra idea condiciona la aproximación valorativa a un hecho de estas características. El enjuiciamiento de una conducta delictiva que ha

tenido como víctima a un menor de edad genera un explicable sentimiento de rechazo. La reprochabilidad que es inherente a cualquier acción penal se hace más intensa cuando se proyecta sobre un niño.

Sin embargo, ni siquiera en esas circunstancias puede rebajarse el canon impuesto por el derecho constitucional a la presunción de inocencia. Es más, esa intensa reprochabilidad ha de operar precisamente como una referencia acerca de la importancia de que la declaración de responsabilidad penal no se apoye exclusivamente en intuiciones subjetivas acerca de lo que el órgano enjuiciador cree estar seguro que pasó. La indignación y la repulsa por unos hechos, por más justificada que esté su compartida extensión, nunca pueden actuar como un elemento que debilite el cuadro de garantías con el que una sociedad democrática quiere que sea enjuiciado cualquier acusado de un hecho delictivo.

Esta idea está presente en muchos de los pronunciamientos de esta Sala, alguno de ellos, bien reciente. En efecto, en la STS 293/2020, 20 de junio, que estimó el recurso y absolvió al condenado en la instancia razonábamos en los siguientes términos: *«...la Sala es consciente de las dificultades a las que se enfrentaba el órgano de instancia. Se trata de una denuncia de hechos de especial gravedad, que afectaban a una menor cuya indemnidad sexual podía haber sido irreversiblemente menoscabada. El bien jurídico protegido en los delitos previstos en los arts. 183 y 183 bis del CP obliga a los poderes públicos a desarrollar un esfuerzo singularizado a la hora de investigar y enjuiciar infracciones en las que el proceso de victimización del menor ni siquiera termina cuando acaban los ataques a su indemnidad sexual. El daño a la infancia maltratada proyecta sus negativos efectos durante mucho más tiempo del que es propio de otro tipo de infracción penal. La lacerante vivencia de esos ataques a su indemnidad sexual acompañará al menor durante buena parte de su vida»*.

Añadíamos a continuación: *«...pero ni la gravedad del hecho, ni la duración de las penas asociadas a esos comportamientos permiten, desde*

luego, rebajar el estándar de garantías exigible, siempre y en todo caso, en la jurisdicción penal. El derecho a la presunción de inocencia no conoce modulaciones en su vigencia en función de la naturaleza del hecho que está siendo objeto de investigación y enjuiciamiento. Quien se enfrenta al ius puniendi del Estado como hipotético responsable de una agresión sexual tiene necesariamente que gozar del mismo marco de garantías con el que cuenta cualquier otro ciudadano que, para responder de otros delitos, se convierte en destinatario de una acusación penal».

Pues bien, es a partir de estas dos premisas metodológicas como hemos de abordar la queja del recurrente.

3.3.- El juicio histórico describe cinco secuencias fácticas sobre las que se construye el juicio de subsunción, que lleva a considerar los hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual previsto en los arts. 181.1.3 y 4, en relación con los arts. 180.3 y 4 y 74 del CP.

Conforme a su literalidad, los hechos imputados fueron ejecutados por el acusado, en su calidad de *preceptor* de los alumnos de la clase a la que pertenecía XXX, «... *figura ésta concebida en el centro escolar a modo de guía personal de cada alumno que, en general, ejercía funciones de supervisión de la evolución de los alumnos encaminada a su ayuda, a participar activamente en el seguimiento de su formación académica, pero también a contribuir a su mejora a nivel personal, social y espiritual*».

En el ejercicio de esa función de supervisión, el acusado «...*comenzó a interesarse por la vida sexual del alumno XXX, y más concretamente sobre si se masturbaba, a lo que el alumno desconcertado respondió que no*».

A partir de esa relación de prevalencia del acusado sobre su alumno, la Audiencia Provincial describe los actos de significación típica, que siempre fueron ejecutados «... *en este contexto de continuar interesado en*

la faceta personal de la vida sexual de XXX durante las entrevistas mantenidas en el despacho, y siendo plenamente consciente de la autoridad que por su condición de preceptor ostentaba sobre el alumno, y valiéndose de esta influencia y también del escaso conocimiento que en materia sexual contaba».

a) *«En una ocasión cuya fecha desconocemos pero en el 2º curso, con el aparente motivo de examinar juntos las evaluaciones que había obtenido y dado que XXX estaba sentado frente a él, le ordenó que se aproximara para que pudiera visualizar la notas en la pantalla del ordenador, y con ánimo libidinoso, le ordenó que se sentara encima de sus piernas, haciéndolo el alumno, quien al sentir el pene del encausado en erección se sintió asustado, levantándose a continuación».*

b) *«En otra preceptuación el encausado, en el mismo despacho, y con el mismo ánimo libidinoso, le conminó a que se quitara la camisa, y tras desabrocharse XXX varios botones de la misma, se le acercó y le empezó a tocar por el cuello, por el pecho, por el vientre y por debajo del mismo, ello sin que llegara despojarse del pantalón que vestía».*

c) *«En otra posterior, también en fecha no determinada del 2º curso y en el mismo lugar y con el mismo ánimo, estando XXX sofocado por haber hecho ejercicio, le ordenó que se quitara la corbata, algún botón de la camisa, y desabrochándose XXX los botones de la misma, el acusado comenzó a tocarle el cuerpo, los muslos, los glúteos y también sus genitales, ello por encima de la ropa interior, y sin estar desnudo».*

d) *«En diferente ocasión, cuya fecha tampoco se puede precisar aunque se sitúa en 2º de la ESO., también en el despacho y con el motivo de preceptuar, el acusado, con ánimo de atentar contra la indemnidad sexual de XXX, le exhibió fotografías de mujeres en bikini o ropa interior en el ordenador, instándole al alumno XXX a que se masturbara. Le dio indicaciones sobre la manera de hacerlo, y tras masturbarse XXX y terminar*

eyaculando, se limpió con pañuelos de papel que le proporcionó el profesor encausado».

e) «Finalmente, en otra ocasión en el citado despacho, en fecha tampoco exactamente determinada pero próxima a la finalización del 2º curso, y con idéntico propósito de atentar contra su indemnidad sexual, el acusado Sr. Martínez Sanz le obligó a colocarse sobre la mesa, a bajarse parcialmente los pantalones y ropa interior sin poder ver su propio cuerpo, y le obligó a introducirse un bolígrafo por el ano».

Como puede apreciarse, es el fragmento incluido en el apartado e) - coincidente con el último párrafo del apartado 2º del relato de hechos probados-, el que determina la calificación de los hechos y la imposición de una pena equiparable en su gravedad a la que es propia de un delito de homicidio.

3.4.- Desde la perspectiva de la quiebra del derecho a la presunción de inocencia, que es la que anima el motivo formalizado por la defensa, los apartados a), b) y c) cuentan con el respaldo probatorio que esta Sala considera indispensable para sustentar el juicio de autoría.

Ya hemos apuntado *supra* que nuestro cometido como órgano de casación no nos autoriza a una valoración alternativa de la prueba, no nos permite sustituir la apreciación probatoria verificada por el órgano de instancia por la que propugnen las partes, como resultado de su particular valoración de la actividad probatoria desarrollada en el plenario. Descartada, por tanto, cualquier ilicitud en la obtención de las fuentes de prueba, sólo nos incumbe analizar su suficiencia incriminatoria y la racionalidad del proceso inferencial.

A partir de esta idea, la Sala estima que los apartados a), b) y c) del juicio histórico se apoyan en un cuadro probatorio que ha sido examinado por la Audiencia conforme a las exigencias del canon constitucional que es

propio del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. La declaración de XXX tiene, en relación con estos hechos proclamados como probados, el valor que esta Sala y la jurisprudencia constitucional atribuyen al testimonio de la víctima (cfr. SSTS 850/2007, 18 de octubre; 1137/2004, 15 de octubre y SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, FJ 4; 173/1990, de 12 de noviembre, FJ 3; 229/1991, de 28 de noviembre, FJ 4; 64/1994, de 28 de febrero, FJ 5, entre otras muchas)»

También hemos puntualizado que esa idoneidad potencial de la declaración de la víctima ha de pasar el filtro, en cada caso concreto, de la valoración del Tribunal sentenciador. Su alto valor incriminatorio *«...no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba»* (cfr. SSTS 648/2020, 20 de diciembre; 589/2019, 28 de noviembre; 305/2017, 27 de abril; 789/2016, 20 de octubre y 636/2015, 27 de octubre, por citar algunos de los numerosos precedentes en este sentido).

Pues bien, en el presente caso, la víctima ha descrito los hechos imputados a José María Martínez, incluidos en los apartados a) b) y c), desde el momento en el que decidió ponerlos en conocimiento de sus padres. Esa misma declaración ha sido mantenida, también desde el primer momento, ante el Fiscal, el Juez de instrucción y la propia Audiencia. La misma versión, con matices que no se oponen a la realidad y existencia de esos hechos, ha sido sostenida a lo largo de los años en las explicaciones ofrecidas a los distintos profesionales que le dispensaron tratamiento. Los Jueces de instancia han contado además con el dictamen de los expertos en psicología y psiquiatría, que han confirmado que XXX padece un shock

postraumático perfectamente compatible con un episodio de abusos sexuales.

Estamos, por tanto, en presencia de un marco probatorio que ha sido minuciosamente valorado por la Audiencia. De hecho, su suficiencia no hace necesario -como apuntamos *infra*- sumar las valoraciones sobre credibilidad del testimonio que formulan los expertos en psicología que declararon en juicio.

La declaración de la víctima, su persistencia a lo largo del tiempo, el testimonio indirecto de aquellos familiares o profesionales que fueron destinatarios de su avergonzada confidencia y, en fin, la inequívoca constatación de que la víctima padece -todavía hoy- las secuelas de un shock postraumático, son elementos probatorios que han sido valorados por el órgano jurisdiccional a quien funcionalmente incumbe la apreciación probatoria.

Esa valoración, además, abarca una minuciosa respuesta -no compartida por la defensa- a la prueba de descargo. La sentencia incluye una detallada ponderación de la prueba presentada por el Letrado para respaldar su tesis acerca de la inexistencia del hecho imputado. Expresa las razones por las que atribuye mayor fiabilidad al dictamen técnico de los peritos que atendieron al menor. Descarta también la imposibilidad de exhibición de páginas de significado erótico desde el ordenador del acusado, por la alegada existencia de un filtro institucional que bloquearía ese tipo de contenidos. Y aborda, con un razonamiento aceptable en términos lógicos, la invocación referida a la disposición del despacho en el que sucedieron los hechos que, a juicio de la defensa y algunos testigos, era un lugar que no ofrecía un espacio oculto para la ejecución de actos como los que han sido declarados probados.

En definitiva, la Sala estima que no ha existido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia en la proclamación como hechos

probados de las secuencias fácticas que se describen en los apartados a), b) y c), a los que venimos haciendo referencia.

Cuestión distinta es la inferencia probatoria sobre la que se apoyan los apartados d) y e). El primero de ellos, cuando reseña como probado que el acusado «...*con ánimo de atentar contra la indemnidad sexual de XXX, le exhibió fotografías de mujeres en bikini o ropa interior en el ordenador, instándole al alumno XXX a que se masturbara. Le dio indicaciones sobre la manera de hacerlo, y tras masturbarse XXX y terminar eyaculando, se limpió con pañuelos de papel que le proporcionó el profesor encausado*». El segundo, al afirmar que el acusado, con la misma finalidad lúbrica que inspiraba las acciones anteriores «...*obligó (a la víctima) a colocarse sobre la mesa, a bajarse parcialmente los pantalones y ropa interior sin poder ver su propio cuerpo, y le obligó a introducirse un bolígrafo por el ano*».

3.5.- La exhaustiva argumentación con la que la Audiencia Provincial atribuye a José María Martínez la secuencia de los hechos descritos en los apartados d) y e) refleja una convicción alcanzada por los Magistrados de instancia acerca de la realidad de esos hechos y la identidad de quien los ejecutó. Sin embargo, el contenido material del derecho constitucional a la presunción de inocencia no se vincula a la convicción que alcanza el órgano jurisdiccional cuando proclama la ausencia de cualquier duda acerca de la autoría del acusado. El problema no consiste -como hemos dicho en tantas ocasiones- en resolver si los Jueces dudaron, sino en decidir si debieron haber dudado.

3.5.1.- La persistencia en la incriminación viene siendo sugerida por esta Sala como una de las premisas sobre las que ordenar de forma sistemática la aproximación valorativa a la declaración de la víctima. No se trata, claro es, de desnaturalizar el principio de libre valoración de la prueba, convirtiendo nuestro sistema en un modelo de prueba tasada. Pero lo que está fuera de cualquier duda es que esa persistencia, con independencia de la etiqueta que quiera atribuírsele, proporciona un elemento de gran valor en

el momento de decidir sobre el significado incriminatorio del testimonio de la víctima.

Y es aquí donde quiebra el apoyo probatorio del episodio narrado en los apartados d) y e) del juicio histórico.

La Sala es consciente de que esa persistencia no puede ser entendida con el automatismo que se deriva de su propio significado gramatical. De hecho, hemos advertido en numerosos precedentes acerca de la conveniencia de no exigir una continuidad, casi literal, en el relato. Hemos confirmado sentencias en las que *factum* sobre el que se apoya la condena se ha enriquecido con testimonios no siempre coincidentes en la primera y la última de las versiones.

La necesidad de persistencia en la incriminación no puede confundirse con una repetición mimética, en la que la víctima, lejos de narrar con naturalidad la lacerante vivencia que acompaña a un delito de esta naturaleza, insiste con artificiosa fidelidad en el relato de lo que ya fue anticipado en la primera de las declaraciones. Quien exige una imitación reiterativa de lo narrado en la comparecencia inicial está prescindiendo de las diferencias entre ese primer escenario y el que es propio, por ejemplo, de una explicación más sosegada ante profesionales de la psicología o ante la autoridad judicial. Quien descarta el valor probatorio del testimonio de la víctima por la falta de coincidencia íntegra entre lo que se dijo en el momento de denunciar el hecho y lo que se contó con posterioridad, está olvidando la influencia que la proximidad del hecho denunciado puede tener en ese primer testimonio, está obviando, en fin, la incidencia del transcurso del tiempo en el impacto emocional que de ordinario acompaña a este tipo de delitos. No implica, por tanto, vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia el atribuir valor probatorio a la declaración de la víctima que se enriquece con detalles no incluidos en el relato inicial. Lo que resulta decisivo es la coincidencia en aquellos aspectos nucleares de la narración, sin la cual, el significado incriminatorio de la declaración de la

víctima se desvanece. Es evidente que las dudas relevantes que transmite el testigo no pueden ser resueltas por el Tribunal mediante proclamaciones fácticas carentes del indispensable respaldo. Pero también lo es que los pormenores que enriquecen la explicación inicial, siempre que no alteren la coherencia del relato de la víctima, no pueden ser tenidos como expresión de un testimonio dubitativo y, como tal, insuficiente para respaldar el juicio de autoría (cfr. STS 636/2015, 27 de octubre).

En el presente caso, sin embargo, los hechos que consistieron en la masturbación en el despacho del acusado y la introducción de un bolígrafo en el ano de la víctima, son algo más que un añadido llamado a completar el relato. Como expresan los Jueces de instancia, ambos episodios *«... no los contó a los diferentes profesionales que le trataron a partir de mayo 2011, y tampoco los mencionó ante la Fiscalía de Menores en el mismo año en que se siguieron diligencias por acoso escolar, ni ante el Fiscal superior del TSJPV en 2013, y sí precisa que los narró al doctor Viar (el último por medio de una carta) en fecha no concreta próxima al 2015, que fue donde en querrela y posterior declaración judicial los narró en su totalidad»*.

Se trata, por tanto, de un elemento fáctico que se incorpora al relato inicial entre cinco y seis años después de la fecha en la que habrían acaecido y, lo que es más significativo, cuatro años después de que narrara a sus padres el ciberacoso al que le sometían sus compañeros y los actos de abuso sexual que inicialmente atribuyó a José María Martínez.

La razón que explicaría esa omisión inicial la obtiene el Tribunal de instancia a partir de las declaraciones del menor, quien explicó ese desfase cronológico por *«...la vergüenza que le provocaba ante sus compañeros, y ante sus padres, la reacción que ante éstos pudiera provocar y la culpa que por todo ello sintió»*. Esa falta de continuidad en el relato tendría también su apoyo en el dictamen de los peritos que atendieron al menor, que se refieren a los sentimientos de vergüenza y culpabilidad como las causas que hacen entendible el silencio inicial.

Sin embargo, la Sala advierte la existencia de algunos elementos que debilitan la fuerza probatoria sobre la que se sustentan los episodios de la masturbación y la introducción del bolígrafo en la cavidad anal de la víctima. Son hechos que la sentencia sitúa en el curso escolar 2009-2010. Ninguno de ellos fue narrado por XXX cuando en el mes de mayo de 2011 decidió contar a sus padres, primero el ciberacoso que sufría de sus antiguos compañeros, después los abusos sexuales ejecutados por su preceptor.

Tampoco fueron descritos a los profesionales que le atendieron. Así, la doctora S. P., especialista en psiquiatría, que había dispensado tratamiento al menor en los meses de octubre de 2011 a noviembre de 2012, dijo que XXX le expresó que *«... el tutor le sacaba de clase y le llevaba a su despacho, y que en éste le exhibía fotos de chicas desnudas, que le sentó encima de él, y que también le tocaba los muslos, y le acariciaba. No le relató ningún acto de masturbación ni de penetración anal»*.

La doctora M. S., especialista en psicología clínica, que relató haber llegado a presenciar un episodio alucinatorio de la víctima sucedido a finales de octubre, tampoco fue informada por la víctima de los actos masturbatorios o de introducción del bolígrafo en la cavidad anal: *«...el relato se va efectuando ante ella muy poco a poco, afirmándonos que no le resulta posible un relato un poco más fluido como consecuencia del trauma. Primero describe fotografías de mujeres desnudas en el ordenador, y tocamientos en el pecho, la tripa, y muslos. Segundo, que le sienta en sus rodillas con el pretexto del visionado de las notas, y nota su pene. Y que lo último que a ella le describe hacia el final es que le hace quitarse la camisa, y otra vez diferente le hace bajarse los pantalones»*.

La víctima tampoco hizo inicialmente partícipe de su relato al doctor V.E., especialista en psiquiatría. Éste tuvo su primer contacto con XXX el 25

de noviembre de 2011 y le ha seguido dispensando tratamiento, al menos, hasta la fecha de celebración del juicio. Inicialmente le contó las humillaciones del profesor. Luego relató los abusos a los que se vio sometido. Según relata la sentencia de instancia, la víctima le refirió *«...la caricia en la mano que, en expresión del psiquiatra, el paciente interpreta como signo de seducción que le deja desconcertado; desabrochar la camisa con la excusa del calor y los tocamientos en la 'espalda, culo, y pito'»*. El acto de la masturbación le fue relatado dos o tres años más tarde, mientras que *«...el acto de introducción de los bolígrafos o el dedo por el ano se lo relata muy próximo a la interposición de la querrela»*.

También fue omitido en los dos expedientes abiertos por la Fiscalía de Menores y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

No se trata, por tanto, de un hecho inicial que luego va siendo objeto de matizaciones, incluso retractaciones, por parte de quien lo narra. Estamos en presencia de un menor de edad que sufre abusos sexuales de su preceptor, que narra su realidad y existencia a sus padres y a los profesionales que le asisten cuando ya ha cumplido 15 años y que, finalmente, cuando ya ha alcanzado los 19 años de edad, enriquece su relato con dos hechos de una gran trascendencia penológica, silenciados hasta entonces y que tienen una presencia sobrevenida en la querrela criminal que interpone en el año 2015.

La defensa enfatiza su discurso exoneratorio destacando la importancia de que las diligencias inicialmente abiertas por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco fueran archivadas por la falta de credibilidad atribuida al testimonio de la víctima. La falta de persistencia en el relato incriminatorio habría sido también la razón determinante de que la calificación jurídica ofrecida por el Fiscal durante el plenario -calificación, por cierto, no recogida en el laconismo de los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida- no incluyera el episodio del que se deriva la importante gravedad de las penas.

Es patente, sin embargo, que ni el desenlace de esas diligencias preprocesales abiertas por el Fiscal, ni las conclusiones acusatorias del Fiscal durante el plenario, pueden ser consideradas como un obstáculo para la proclamación del juicio de autoría. Lo impiden la naturaleza misma de aquellas diligencias, carentes de toda eficacia vinculatoria para el órgano decisorio (cfr. arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim), y el papel que nuestro sistema procesal atribuye a la acusación particular, con autonomía funcional respecto de la acusación oficial.

3.5.2.- El menoscabo del derecho a la presunción de inocencia del acusado deriva del razonamiento sobre la credibilidad que el Tribunal de instancia atribuye al relato de la víctima y de la inadmisibles inversión de la carga probatoria, que se hizo visible al exigir una explicación al acusado sobre el móvil que pudo haber llevado al querellante al atribuirle responsabilidad criminal por esos hechos.

La Sala quiere insistir en una idea clave que ya hemos apuntado en el FJ 3.5.1. La persistencia en la incriminación no puede entenderse con una artificial rigidez que la convierta en un obstáculo para el análisis de la credibilidad de un testigo, prescindiendo de su verdadera ventaja, que es la de ofrecer al órgano sentenciador un expediente para facilitar el proceso valorativo de la prueba. Es perfectamente posible que un hecho determinante del juicio histórico sea conocido años después de la denuncia inicial. La verdad no prescribe, ni está sometida a un presupuesto cronológico como condición de legitimidad. En delitos contra la indemnidad de la víctima es perfectamente posible que el proceso de maduración del menor vaya aportando la entereza precisa para el recuerdo de una lacerante vivencia que se ha querido arrinconar en la evocación de lo vivido años atrás. Pero lo que resulta indispensable es que esa secuencia añadida muchos años después, cuando la víctima ya ha alcanzado la mayor edad, quede absolutamente probada. Tan probada como el hecho inicial. Y la prueba de ese hecho no puede hacerse descansar en una percepción

intuitiva de los Magistrados ante quienes se ha desarrollado la prueba. No basta la mera convicción de que *aquello tuvo que haber pasado* para sustentar una condena que asciende a 11 años de privación de libertad.

3.5.2.1.- La Audiencia Provincial ha apoyado la credibilidad de la última versión ofrecida por XXX en el dictamen de los peritos que le atendieron cuando se decidió a contar los hechos.

Conforme se razona en la sentencia de instancia, en el epígrafe *«hechos probados por el testimonio del querellante»* (pág. 46) se alude a la *«...verosimilitud objetiva del testimonio»*, que se basa en *«...el concreto subcomponente de la lógica que presentan los hechos»*, ya que *«...no advertimos que estemos en presencia de hechos que en sí mismos sean ilógicos o de imposible realización. Que puedan resultar inasumibles por imposibles en su contenido y ejecución.*

No describe unos hechos que por su naturaleza desafíen a la lógica común o vulgar, o que ataquen a leyes de la naturaleza o de la física, en el sentido de que sea imposible que con arreglo a éstas, los hechos hayan podido suceder.

Nos explicamos. Si se describiesen unos actos de contenido sexual que se hubieren desarrollado de forma incomprensible, por ejemplo en el aire en suspensión desafiando la gravedad, estaríamos en presencia de un relato que en sí mismo desafía la lógica natural y común. De algo que resultaría increíble por su propia concepción y contenido.

Pero no sucede nada de ello, sino que nos relata unos hechos ocurridos en un despacho --luego nos referiremos a las características concretas del lugar-- que considerados objetivamente y en el plano teórico pueden perfectamente desarrollarse, tal y como han sido explicados por la víctima».

A juicio de esta Sala, sin embargo, el problema no es el de la posibilidad fenomenológica de que esos hechos puedan ser físicamente ejecutados en el espacio en el que la víctima los sitúa, sino la realidad de su acaecimiento y, sobre todo, la atribuibilidad a José María Martínez.

Y es aquí donde quiebra el contenido material del derecho a la presunción de inocencia que en un sistema constitucional y democrático ampara a cualquier acusado.

Además de la convicción de la Audiencia acerca de la posibilidad física de que esos hechos sean susceptibles de ejecución mecánica, el juicio de autoría se edifica sobre la credibilidad de los profesionales que atendieron a XXX. Los Jueces de instancia niegan todo valor al testimonio de los expertos ofrecidos como prueba por la defensa y subrayan el respaldo a la credibilidad que atribuyeron al testimonio de la víctima los peritos de la acusación.

No se trata ahora de alterar los términos conclusivos alcanzados por los integrantes del órgano judicial ante el que se desarrollaron las pruebas. La soberanía valorativa que es propia de la Audiencia Provincial le autoriza a optar por la mayor solidez científica de unos expertos respecto de otros. Pero el razonamiento que privilegia a una fuente de prueba frente a la otra sí es analizable en su rigor y coherencia lógica por esta Sala.

Desde esta perspectiva, no podemos avalar la conversión de los expertos -cuyo valor técnico es incontrovertible- en una suerte de *pseudoponentes* que se adentran con sus opiniones en el núcleo mismo de la función jurisdiccional.

La psicóloga clínica, doctora M. S. -según pone de manifiesto la sentencia en la pág. 23- afirmó que en «... *el relato del querellante no existe fabulación o mentira, porque se trata de un discurso coherente, y uniforme, en el que va aportando más detalles a medida que discurre el tratamiento.*

En esa línea, manifiesta que al fabulador se le escapa alguna mentira y se le puede descubrir, y que no revela sufrimiento, mientras que el no fabulador sí revela un sufrimiento; sentimiento éste que dice que el querellante padece desde los doce años. Entiende por ello que no hay falso recuerdo porque se viene manteniendo un mismo discurso, mismo discurso que se va aumentando a medida que se va avanzando en el tratamiento».

El testimonio del doctor V. E., psiquiatra cuyo versión adquiere un valor singular, pues fue la primera persona a la que la víctima narró los actos masturbatorios y de introducción de un bolígrafo en el ano, es abordado por la Audiencia en los siguientes términos: «... sobre su credibilidad nos dice que le resulta totalmente verosímil; que lo que le resulta inverosímil es que la madre le haya inducido a la fabulación; y que lo que le resulta también inverosímil es que se pueda manifestar que lo que recuerda es falso. Se pregunta el porqué alguien puede plantearse que su recuerdo sea falso, y se responde que es aberrante que él mismo (su paciente) se inflija un castigo como el que padece, y que se manifiesta con esa clínica tan perniciosa y de tantísimo sufrimiento. Expone que fabular supone relatar algo que no ha existido pero que el paciente se lo cree, pero en el caso del querellante, insiste en que ha mantenido el contenido del relato correspondiente al traumatismo. Existe una concatenación exacta entre su relato, verosímil, y la clínica que padece».

A continuación, aborda incluso el valor argumental de la estrategia de la defensa que consideraba imposible que esos hechos pudieran haberse realizado en el lugar indicado por la víctima -el despacho del acusado- por ubicarse en una zona de tránsito, sin persianas y con las cortinas sin correr: «...los detalles relativos a si existen contradicciones entre bajar persianas o correr cortinas le parecen meramente circunstanciales, sin que a su juicio estos detalles permitan tildar el relato de inverosímil».

La invasión del espacio reservado a los Magistrados que han de cumplir el mandato impuesto por el art. 741 de la LECrim alcanza un nivel todavía más llamativo en las declaraciones prestadas por los miembros de la UVIF: E. G., I. LL. -psicólogas-; F. M. y S. M. -médicos forenses-, S. G., M. P. y V. C. -psicólogos-.

En la pág. 27 de la sentencia puede leerse lo siguiente: *«...nos manifiestan que sus declaraciones son compatibles con la realidad, que contienen criterios propios de realidad, de corresponderse a situaciones experimentadas personalmente. Que el querellante presenta una huella psíquica compatible con la que originan hechos como los denunciados y que en la actualidad su conducta es disfuncional a nivel escolar, social, y personal, con ruptura de la trayectoria vital previa a los hechos denunciados».*

Los profesionales se pronuncian también sobre la posibilidad de un falso testimonio y dejan incluso abierta, sin reservas, la puerta a nuevos hechos todavía no revelados que podrían agravar la imputación: *«...no aprecian presiones externas para la concurrencia de un falso testimonio, y al contrario manifiestan su duda de que haya revelado la totalidad de la dinámica comisiva, puesto que tiene una tendencia a la minimización y a la negación de los hechos por no tener que manifestar más situación de abuso. No han apreciado inconsistencias con otras evidencias como los informes médicos o los informes procedentes del departamento de educación».*

La doctora S. -puede leerse en la pág. 28 de la sentencia de instancia-, en su calidad de profesional, psicóloga forense y psicóloga sanitaria, *«...fue de las primeras personas que entrevistó al querellante por encargo, según nos relata, de un abogado de Bilbao, en concreto el 10 de noviembre de 2011, y con posterioridad el 22 de noviembre del mismo año y el 6 de marzo de 2012.*

Adelantamos que su conclusión sobre el relato del querellante es la de que el testimonio analizado es creíble. (...) Entiende que el enriquecimiento del testimonio, con la adición de nuevos hechos, sería un indicio de simulación, pero para ella no se puede llegar a esta conclusión porque a ella misma le manifestó de modo creíble que no lo ha contado todo».

3.5.2.2.- Sería absurdo minusvalorar la decisiva importancia del dictamen de los expertos -psicólogos, psiquiatras y forenses- en el enjuiciamiento de hechos de esta naturaleza. Carecería de sentido también prescindir de su opinión acerca del enlace entre unas secuelas psicológicas sufridas por la víctima y la naturaleza del ataque que está en su origen. Pero la constatación médica de esa conexión causal no permite tener por probado todo lo que ha narrado la víctima y todo lo que llegue a narrar muchos años después de sucedidos los hechos. Su realidad tiene que quedar acreditada por otras fuentes de prueba -el testimonio persistente de la víctima puede ser una de ellas, incluso única- que permitan al Tribunal formular un juicio de autoría sin grietas ni fugas lógicas.

Pero no es esto lo que ha sucedido en el presente caso.

El proceso de valoración probatoria de esos dictámenes periciales se completa por los Magistrados de instancia con pasajes del siguiente tenor:

a) «En primer término, nos encontramos con que todos y cada uno de los profesionales que, o bien dispensaron tratamiento al querellante, o bien han informado sobre la credibilidad que ofrece su relato, consideran que el mismo es creíble, a salvo lo manifestado por los peritos de la defensa».

La Sala estima, sin embargo, que asumir como propia la credibilidad del testimonio de la víctima por lo que dictaminan los expertos de la acusación, supone declinar a su favor el proceso de valoración probatoria.

El caso que nos ocupa presenta además algunas notas que hacen todavía más inaceptable esa metodología adhesiva. Y es que esos expertos, con la excepción del Dr. V. E., avalan la veracidad de hechos que no les fueron narrados por la víctima. Se trata, pues, de la confirmación incondicional y a ciegas de la credibilidad de un testigo al que no le han oído contar aquello cuya verosimilitud están proclamando. Por si fuera poco, se pronuncian sobre la capacidad de fabulación y credibilidad de un testigo que, en el momento del juicio oral, ya supera la veintena de años.

Esta reserva no es, desde luego, novedosa. Forma parte de una jurisprudencia plenamente consolidada acerca de la importancia de no extralimitar el papel del perito llamado a juicio. Como ya hemos recordado en nuestras SSTs 293/2020, 10 de junio y 485/2007, 28 de mayo, conviene tener en cuenta que el fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 LECrim). Apreciar significa precisamente ponderar el valor de las cosas. El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional. Pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria. Los doctores agotaron la función que les es propia expresando su opinión acerca del perfil psicológico de la víctima. El Tribunal *a quo* debió asumir la suya pronunciándose sobre el juicio de autoría. Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de *pseudoponente* con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar a desplazar la capacidad jurisdiccional para decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado.

b) La adhesión por los Jueces de instancia al dictamen de expertos que, obligado es insistir en ello, atribuyen credibilidad a un fragmento del relato que no les ha sido transmitido por la víctima y que encierra una gravedad que conduce a la exasperación de la pena, debilita la consistencia

lógica de los pasajes de la sentencia en los que, pese a constatar la Audiencia la falta de fluidez y concreción en el relato de la víctima, concluye su veracidad: *«...precisaremos por el momento que por motivos claramente subjetivos su relato no ha sido verbalizado de una manera fluida, y ha adolecido en determinados momentos de una cierta falta de concreción, lo que no nos impide considerar que desde el punto de vista subjetivo es creíble. Aunque la forma de relatar un suceso puede y suele ser muy importante, en el caso de autos tiene más relevancia el contenido del relato frente a su forma de manifestación, y de éste no apreciamos elementos que afecten a su credibilidad subjetiva».*

A esa línea se adscribe también en siguiente párrafo: *«...hemos de expresar que así como en el relato de la masturbación obligada es preciso, y aporta detalles sobre su desarrollo, en el de la introducción del bolígrafo se muestra más impreciso, duda de cómo se desarrolló el hecho, y de su propio contenido, manifestando que por la posición que el encausado le obligó a adoptar, carente de visión sobre su propio cuerpo, no sabe si fue un solo bolígrafo el que se auto introdujo en varias ocasiones, o llegaron a ser varios, o si incluso el profesor pudo sostenerlo y ayudarle en la auto introducción sin saber si hubo contacto de alguno de sus dedos».*

Esas dudas no fueron exclusivas del Tribunal. También alcanzaron a los profesionales del departamento forense a los que, ya interpuesta la querrela, describió el acto masturbatorio y la introducción del bolígrafo por el ano: *«...el desarrollo de la prueba practicada en acto del juicio nos evidenció estas dudas o imprecisiones, percibidas también por las Psicólogas de la UVIF en su exploración y manifestadas en el trascurso de la prueba pericial».*

Ni la falta de fluidez y concreción, ni la imprecisión en el relato han apartado al Tribunal a quo de la férrea adhesión al dictamen de credibilidad de los peritos: *«...expresado ello, no obstante entendemos que sí existe una persistencia en la incriminación porque apreciamos que la ausencia de*

exposición de la totalidad de los hechos de los que fue víctima tiene una explicación, explicación que nos la expresó el Dr. V. y que trataremos de desarrollar sobre la base de la convicción interna de su realidad».

Llama la atención que en el razonamiento acerca de la falta de persistencia del testimonio de la víctima, la sentencia incluya un análisis de la inexistencia de razones para dudar de la credibilidad de quien proclama la credibilidad de la víctima: *«...porque nos consta de la declaración de Dr. V., cuyo testimonio no apreciamos viciado por algún motivo que induzca a creer que falte a la verdad --y ello teniendo presente que es el Psiquiatra que le trató y le trata, lo que podría suponer, en su caso, que sus manifestaciones pudieran ser erróneas pero no inveraces».*

El mismo defecto que la Sala observa en otros pasajes se hace presente en el párrafo conclusivo mediante el que la Audiencia expone por qué estima concurrente la persistencia en la incriminación. Se trata del apartado que cierra el FJ 3º: *«...podemos entender las reticencias del Fiscal y más aún de la defensa, pero desde luego a este Tribunal no le produce extrañeza la demora en la narración de la totalidad de los hechos, porque los ha contado cuando la psicoterapia empleada le ha ido permitiendo afrontarlos, porque se trata de vivencias traumáticas de gran impacto emocional y con una repercusión patológica innegable y grave, de suerte que a mayor gravedad mayor dificultad existe en la solución terapéutica, y mayor demora en su manifestación externa, tanto en el tiempo de su emisión como en la propia forma en la que concretamente se trasmite. Si la mente nubla el desarrollo de la propia vivencia traumática porque está oscura, confusa, y perdida, y no es capaz de entender ni lo que está sucediendo ni el porqué, difícilmente se puede exigir una precisión en detalle de la vivencia traumática, porque en alguna medida se carece de ella. [...] Por estas razones apreciamos no solo persistencia en la incriminación pese a la demora en la manifestación de la totalidad del testimonio, sino también atribuimos verosimilitud objetiva al mismo. Los*

aspectos nucleares de la totalidad de actos de contenido sexual nos fueron descritos, y el relato nos resulta verosímil».

Nos vemos obligados a insistir, una vez más, en que para la fundamentación del juicio de autoría no es suficiente un acto de fe del órgano de enjuiciamiento. No basta con que la versión de la víctima inspire credibilidad. La realidad de los hechos imputados y su atribución al acusado tienen que ser el resultado de un proceso de valoración probatoria que no reserva espacio para intuiciones voluntaristas. Cuando el Tribunal reconoce que falta el detalle de la vivencia traumática, cuando afirma que ello es así porque el impacto emocional hace explicable hasta que se carezca del recuerdo de esa vivencia y cuando, en fin, los hechos de especial gravedad son narrados muchos años después de la fecha en la que se sitúa su acaecimiento, proclamar sin fisuras que existe persistencia en la incriminación y aceptar la íntegra verosimilitud del relato, es un ejercicio de voluntarismo incompatible con el canon constitucional de valoración probatoria.

3.5.2.3.- No menos importancia tiene, desde la perspectiva de la alegada vulneración de derechos fundamentales, la inversión de la carga de la prueba que se ha deslizado en la pág. 42 de la sentencia de instancia y, con ella, la erosión del contenido material del derecho proclamado en el art. 24.2 de la CE.

En efecto, en el momento en el que el acusado José María Martínez se aferraba a su inocencia, negando toda verosimilitud a los hechos imputados, el Tribunal, por propia iniciativa, agotado ya el turno de las acusaciones y de la defensa, pidió una explicación al acusado acerca de las razones por las que creía que el testigo podía estar mintiendo (cfr. primera de las preguntas formuladas por el Presidente y cuya literalidad ha sido transcrita en el FJ 2.2 de la presente sentencia).

A la vista de la respuesta del interpelado, quien afirmó no tener explicación para ello, el Tribunal *a quo*, razonó en los siguientes términos: «...*el propio encausado no es capaz de explicarse el móvil que ha podido llevar al querellante a denunciar estos hechos. Frente a lo que en ocasiones suele suceder en la praxis judicial en las que los denunciados por esta clase de hechos delictivos alegan móviles de resentimiento, o de enemistad manifiesta, o de odio que concretan con la exposición de singulares acontecimientos a los que anudan estas interpretaciones, en el supuesto enjuiciado el encausado no nos proporciona ninguna posible explicación acerca del motivo de denunciar hechos inveraces. Pese a su demostrada relación personal con el querellante no se llega a explicar cómo y porqué ha sido denunciado. Se trata tan solo de un dato, porque aunque el encausado no sepa explicarlo, su defensa ha encontrado motivos importantes que explican, a su juicio, no solo la interposición de la denuncia sino además su contenido falsario*».

No es conforme con el estatuto constitucional que protege al acusado exigirle a éste que explique un móvil o una razón que oscurezca la anticipada veracidad que la Audiencia está atribuyendo, en toda su integridad, a los zigzagueantes hechos narrados por el querellante.

3.5.2.4.- Entiende la Sala que la categórica afirmación de la existencia de prueba respecto de los hechos que condicionan la gravedad de la pena, no es sino el fruto de una convicción interior, puramente subjetiva de los integrantes del órgano de instancia. Al estimar parcialmente el presente recurso no estamos verificando una nueva valoración probatoria de declaraciones que no hemos presenciado. No optamos por otorgar credibilidad a aquellos testigos o peritos a los que el órgano de instancia se la ha negado. Nos limitamos simplemente a apreciar una insuficiencia probatoria y un discurso valorativo que no podemos avalar. Nos ceñimos a nuestra función casacional que nos lleva a examinar, no si los integrantes del Tribunal *a quo* dudaron en el momento de valorar la autoría de los hechos imputados, sino si debieron dudar.

La garantía de presunción de inocencia –decíamos en las SSTS 293/2020, 10 de junio; 290/2016, 7 de abril, con cita textual de la STS 103/2016, 18 de febrero-, exige que el Tribunal que condena «...*haya alcanzado certeza sobre los hechos que se imputan al acusado como fundamento de su condena. Y como condición de tal certeza ha de exigirse su objetividad. No se trata pues de examinar si el Tribunal subjetivamente dudó o no. Lo que importa es si debería haberlo hecho. La objetividad, que implica un criterio más reforzado que la pura estimación en conciencia o íntima convicción, a la que se referían las leyes procesales preconstitucionales, se caracteriza por la naturaleza de la relación entre dos elementos. Esa relación de implicación, entre lo reportado por el medio de prueba y la convicción inferida, ha de justificarse siguiendo cánones de corrección argumental, aportados por la lógica o la experiencia, más allá de la mera «impresión» producida por aquellos medios probatorios en el juzgador, de tal suerte que merezca obtener la adhesión de los demás, persuadidos por los motivos expuestos por quien decide».*

Por cuanto antecede, procede la estimación parcial del motivo, con las consecuencias lógicas que se derivan para la calificación jurídica de los hechos.

4.- Los motivos tercero y cuarto participan de la misma cobertura (art. 849.1 de la LECrim) y se formalizan con carácter subsidiario, para el caso en el que los motivos primero y segundo no fueran atendidos.

El motivo quinto, al amparo del art. 851.4 de la LECrim denuncia que la Audiencia habría impuesto una pena superior a la solicitada por la más grave de las acusaciones, en la medida en que la acusación particular sólo había interesado una pena de 10 años de prisión y la prohibición de acercarse a la víctima por tiempo de 10 años. La imposición por el órgano de instancia de 11 años de prisión -sobre un tope máximo de 12 años y 6

meses-, supondría haber quebrantado exigencias inherentes al principio de proporcionalidad.

5.- La estimación parcial del segundo de los motivos, con la exclusión del episodio masturbatorio y de la introducción anal de un objeto, obliga a la Sala a proclamar un nuevo juicio de subsunción. Al mismo tiempo, hace innecesario el análisis del quinto de los motivos en los que lamentaba la defensa la quiebra de los principios acusatorio y de proporcionalidad.

Declaramos, por tanto, que los hechos son constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales previsto y penado en el art. 181.1 del CP: *«el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses»*; y apartado 3º del mismo artículo: *«la misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima»*.

Según puntualiza la sentencia de instancia (FJ 4º), la tipificación penal de los hechos probados se ajusta a la redacción dada a este precepto por la LO 11/1999, 30 de abril, que estuvo en vigor hasta el 22 de diciembre de 2010.

Se aplica el tipo previsto en el art. 181.3 del CP con el siguiente razonamiento: *«...no se plantea duda de que estamos en presencia de acciones de abuso sexual no consentidas por la víctima, quien al contar con trece años de edad no tiene capacidad de obrar para prestar un consentimiento válido, y que además existe una situación de prevalimiento incuestionable»*.

El citado prevalimiento nace de la autoridad e influencia que el preceptor-profesor provoca sobre la persona del alumno, autoridad que se le trasmite por la importancia que en centro escolar, e incluso los padres del alumnado en general, otorgan a esta figura, que además de supervisor tiene encomendada la función de guía espiritual, y en cuyo desarrollo imparte órdenes que deben ser rigurosamente obedecidas.

Su figura está basada fuertemente en el principio de autoridad, de tal suerte que sus decisiones han de ser en todo momento obedecidas, tal y como hemos expresado, hasta el punto que nadie cuestiona la decisión del preceptor de que el alumno sea sometido a la entrevista, ni en su duración y desarrollo, pudiendo acontecer, como sabemos, en periodos de impartición de clases de otros profesores.

Nos resulta incuestionable la obediencia que debe rendirse al preceptor, y también la influencia que una figura como ésta provoca en el querellante. Se produce por tanto una situación total de asimetría, donde hay una clara desigualdad entre los afectados, y donde la víctima se encuentra en una clara situación de debilidad frente a la posición que ostenta el acusado».

En la calificación penal del hecho probado, tal y como ha sido definido por esta Sala no tendrían cabida las agravaciones previstas en el art. 180 del CP. El prevalimiento derivado de una situación de superioridad (art. 180.1.4 CP) es inherente a la situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (art. 181.3 CP). Y la menor edad como presupuesto agravatorio, redactado conforme a la LO 5/2010, 22 de junio, se vincula en el art. 180.3 del CP a que la víctima «...sea especialmente vulnerable, por razón de su edad (...) en todo caso, cuando sea menor de trece años».

6.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ SANZ, contra la sentencia núm. 79/2018, fechada el día 13 de noviembre de 2018, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya en causa seguida contra el mismo por los delitos de agresión sexual, abuso sexual y contra la integridad moral, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Susana Polo García

RECURSO CASACION núm.: 109/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 21 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto recurso de casación nº 109/2019, donde por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el rollo penal ordinario núm. 37/2016, correspondiente con el procedimiento ordinario tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Getxo con el número 640/2015, se dictó sentencia de fecha 13 de noviembre de 2018, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho, pese a la omisión de toda referencia a la integridad de las conclusiones definitivas formuladas por las partes acusadoras y la defensa.

Se suprimen del hecho probado los siguientes pasajes: a) «... instándole al alumno XXX a que se masturbara. Le dio indicaciones sobre la manera de hacerlo, y tras masturbarse XXX y terminar eyaculando, se limpió con pañuelos de papel que le proporcionó el profesor encausado» y b) «...finalmente, en otra ocasión en el citado despacho, en fecha tampoco exactamente determinada pero próxima a la finalización del 2º curso, y con idéntico propósito de atentar contra su indemnidad sexual, el acusado Sr. Martínez Sanz le obligó a colocarse sobre la mesa, a bajarse parcialmente los pantalones y ropa interior sin poder ver su propio cuerpo, y le obligó a introducirse un bolígrafo por el ano».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Por las razones expuestas en el FJ 3º, 4º y 5º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación parcial del segundo de los motivos entablados, en el que se alegaba la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, con la consiguiente modificación del juicio de tipicidad inicialmente proclamado en la instancia.

El art. 181.1º y 3º del CP asocia a la conducta típica una pena alternativa de prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses.

La Sala descarta la imposición de la pena de multa y estima que los hechos que integran el *factum* encuentran una respuesta más adecuada en la imposición de una pena privativa de libertad que, en atención al carácter continuado del delito imputado, habrá de imponerse en su mitad superior. Se acuerda también la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de condena.

Conforme al razonamiento que expresa el FJ 7º de la sentencia recurrida, no procede imponer la medida de libertad vigilada -que no ha sido solicitada por las acusaciones- y que ha de quedar excluida por aplicación del principio de irretroactividad de las leyes, al no encontrarse vigente en el momento de los hechos, al haber sido objeto de regulación en el artículo 192 del CP, redactado conforme a la LO 5/2010, 22 de marzo, con vigencia desde el 23 de diciembre de 2010, por tanto, con posterioridad a la fecha de comisión de los hechos.

Imponemos también al acusado la pena de prohibición de acercarse a la víctima durante 4 años, por exigirlo el art. 57 del CP.

FALLO

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

Se dejan sin efecto las penas de prisión e inhabilitación absoluta impuestas por el tribunal de instancia a JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ y se condena a éste, como autor de un delito continuado de abusos sexuales a las penas de 2 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le condena también a la pena de prohibición de acercarse a la víctima durante 4 años.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Susana Polo García