Roj: **STS 2084/2026** - **ECLI:ES:TS:2026:2084**

Id Cendoj: **28079120012026100341**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **13/05/2026**
Nº de Recurso: **5105/2023**
Nº de Resolución: **338/2026**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Cádiz, Sección 1ª, 07-03-2023 (rec. 100/2022), STS 2084/2026**

FONDO DOCUMENTAL

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 338/2026

Fecha de sentencia: 13/05/2026

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5105/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/05/2026

Ponente: Excma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Procedencia: SECCION 1ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: AGG

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

RECURSO CASACION núm.: 5105/2023

Ponente: Excma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 338/2026

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 13 de mayo de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 5105/2023 interpuesto, por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por **D. Pedro Jesús ,** en condición de acusado, representado por la procuradora D.ª Rosa Jaén Sánchez De La Campa y bajo la dirección letrada de D. Pascual Valiente Aparicio y **D.ª Victoria ,** en condición de acusación particular, representada por el procurador D. Fernando Arturo Lepiani Velázquez y bajo la dirección letrada de D. José Blas Fernández Escobar, contra la sentencia núm. 57/2023 de 7 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el Rollo de Apelación núm. 100/2022, que revocó la sentencia núm. 48/2021, de 19 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Cádiz, en el Procedimiento Abreviado núm. 323/2018, dimanante de las Diligencias Previas núm. 1100/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cádiz, que le condenó por los delitos de abuso sexual continuado y abuso sexual, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Es parte el **Ministerio Fiscal**y la parte recurrida, en calidad de acusación particular, **D.ª Milagrosa ,** representada por el procurador D. Fernando Lepiani Velázquez y bajo la dirección letrada de D.ª Rosa María Forja García.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cádiz, incoó Diligencias Previas con el núm. 1100/2016, por delitos de abuso sexual continuado y abuso sexual, contra D. Pedro Jesús , y una vez concluso lo remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal núm. 4 de Cádiz, que dictó en el Procedimiento Abreviado núm. 323/2018, sentencia el 19 de febrero de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados:**

«De la prueba practicada en el acto de juicio oral ha quedado acreditado que el acusado, Pedro Jesús ha sido profesor del I.E.S. DIRECCION000 desde el año 1991 hasta septiembre de 2016 habiendo ostentado el cargo de director durante 24 años. En el curso 2015/2016 impartía la asignatura de Física y Química teniendo entre sus alumnas a Victoria y a Milagrosa nacidas el NUM000 de 1999 y el NUM001 de 1999 respectivamente. El acusado, aprovechándose de su condición de profesor de ambas alumnas y de su minoría de edad cometió diversos tocamientos lascivos sobre las mismas. Así, y respecto de Victoria , en una primera ocasión el acusado la invitó a ella y a otras dos compañeras a tomar algo en el Bar " DIRECCION001 " cercano al Instituto en donde les ofreció tomar vino diciéndoles que era un estimulante sexual. En un momento dado, aprovechando que Victoria estaba sentada a su lado en un taburete, con intención de satisfacer su instinto sexual le tocó las nalgas en la parte que sobresalía del taburete. En una segunda ocasión, en clase, el acusado mandó a Victoria salir a resolver un ejercicio a la pizarra manchándose la alumna con tiza sobre sus ropas y en la zona de los glúteos. El acusado, con ánimo lúbrico, procedió a tocarle el trasero a Victoria con la excusa de limpiarle la tiza de sus ropas. Una mañana, como quiera que las alumnas no tenían nada para desayunar le pidieron al acusado que les acercase en su automóvil al supermercado DIRECCION002 que está muy cerca del Instituto. Al ir a recoger el coche, el acusado que caminaba junto a Victoria , de manera procaz, le tocó las nalgas. En otra ocasión el acusado se ofreció a llevar a Victoria en su vehículo. Cuando acabó el trayecto al salir aquella del automóvil, el acusado aprovechó para tocar a Victoria en el trasero a fin de satisfacer su deseo sexual. Por último, en junio de 2016 se celebró una comida de fin de curso en el restaurante DIRECCION003 de Cádiz al que acudió como profesor solo el acusado y algunas alumnas. En un momento dado el acusado extendió su mano hacia el pecho de Victoria y se lo tocó en un inequívoco gesto de naturaleza sexual. Posteriormente cuando se encontraban sentados en la terraza del restaurante procedió de nuevo a tocar las nalgas de Victoria por debajo de la mesa a fin de satisfacer sus instintos sexuales. Como consecuencia de estos hechos, Victoria ha sufrido un DIRECCION004 y estado de ánimo depresivo crónico.

En esa misma comida, el acusado, Pedro Jesús procedió a acompañar al baño a Milagrosa a la que puso su brazo sobre sus hombros circunstancia que aprovechó el acusado para poner su mano sobre el pecho de Milagrosa a fin de satisfacer su deseo sexual. Cuando se encontraban en la terraza el acusado aprovechó que Milagrosa se levantó para dirigirse al baño para con ánimo libidinoso tocarle el trasero. Como consecuencia de estos hechos Milagrosa sufrió DIRECCION004 .

El Servicio de Inspección de la Consejería de Educación tuvo conocimiento verbal de estos hechos el 6 de septiembre de 2016 y por escrito el día 7 de septiembre. La Consejería incoó expediente disciplinario contra

el acusado el 16 de septiembre de 2016 y procedió a suspenderlo cautelarmente de sus funciones el 21 de septiembre de ese año.»

SEGUNDO.-El Juzgado de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento:**

«Que debo CONDENAR Y CONDENO a Pedro Jesús , sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales del art. 181.1 y 5 y 74 del Código Penal a la pena de 2 años y 1 día de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, libertad vigilada consistente en prohibición de acercarse a menos de 200 metros de Victoria de su domicilio, lugar de trabajo o centro de estudios o de cualquiera en que se encuentre durante 2 años o de comunicarse con ella por cualquier medio durante ese mismo período y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de docente de menores de edad durante 2 años .

Que debo CONDENAR Y CONDENO a Pedro Jesús , sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autor responsable de un delito de abusos sexuales del art. 181.1 y 5 del Código Penal a la pena de 22 meses de multa con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 en caso de impago libertad vigilada consistente en prohibición de acercarse a menos de 200 metros de Milagrosa de su domicilio, lugar de trabajo o centro de estudios o de cualquiera en que se encuentre durante 2 años o de comunicarse con ella por cualquier medio durante ese mismo período y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de docente de menores de edad durante 1 año.

Todo ello con la expresa condena en costas del condenado incluidas las devengadas por las acusaciones particulares.

Debo ABSOLVER Y ABSUELVO a Pedro Jesús del resto de delitos por los que era inicialmente acusado con carácter principal o alternativo declarando de oficio las costas causadas.

Debo ABSOLVER Y ABSUELVO a Pedro Jesús y a la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía de los pedimentos de naturaleza civil efectuados en su contra.»

TERCERO.-Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Pedro Jesús , dictándose sentencia por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, en fecha 7 de marzo de 2023, en el Rollo de Apelación núm. 100/2022, cuyo Fallo es el siguiente:

«Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por la defensa de Pedro Jesús contra la sentencia de la que dimana la presente, debemos REVOCAR parcialmente la misma en el sentido de considerar que no concurre el subtipo agravado de prevalimiento, imponiendo la pena de 22 meses- multa con una cuota diaria de 12 euros en lugar de la que dicha sentencia señaló, confirmando íntegramente todos los restantes pronunciamientos de la misma, declarando las costas de oficio de esta alzada.»

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

QUINTO.-La representación procesal de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) D.ª Victoria :

Primero.- Por infracción del ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por indebida aplicación del art. 181.5 del CP en relación con el 180.1.4ª CP.

Segundo.- Por infracción de ley, de conformidad con lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim en relación con los arts. 66.1.6ª y 72 CP y del art. 120 CE.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 84.1 de la LECrim, en relación con el art. 50.5 CP.

B) D. Pedro Jesús :

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. Infracción de norma sustantiva contenida en el art. 181.1 CP.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 181.1 CP en relación con la entidad de los hechos.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LEC, infracción de norma sustantiva en el art. 21.6 CP y de los arts. 66.1.2ª y 72 CP.

Cuarto.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, con interdicción de la indefensión, y 120.3 de la CE por deficiente motivación.

Quinto.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, con interdicción de la indefensión, y 120.3 de la CE por deficiente motivación.

Sexto.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE por presumir la existencia de un elemento fáctico sin prueba alguna.

SEXTO.-Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal apoya el primer motivo del recurso de casación de D.ª Victoria , interesando la inadmisión y subsidiaria desestimación de todos los motivos de los recursos de casación interpuestos. La parte recurrida solicita la inadmisión de todos los motivos, desestimándolos subsidiariamente. Los Procuradores de los recurrentes D. Pedro Jesús y D.ª Victoria evacuaron el traslado conferido para el trámite de instrucción. Seguidamente, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.-Por providencia de 22 de abril de 2026, se señala para deliberación y fallo el próximo día 17 de junio de 2026, returnándose la ponencia por necesidades del servicio a la Excma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-D. Pedro Jesús , fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Cádiz en sentencia de fecha 19 de febrero de 2021, como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales de los arts. 181.1 y 5 y 74 CP a la pena de 2 años y 1 día de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, libertad vigilada consistente en prohibición de acercarse a menos de 200 metros de Victoria de su domicilio, lugar de trabajo o centro de estudios o de cualquiera en que se encuentre durante 2 años o de comunicarse con ella por cualquier medio durante ese mismo período y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de docente de menores de edad durante 2 años . Y como autor responsable de un delito de abusos sexuales del art. 181.1 y 5 CP, a la pena de 22 meses de multa con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 en caso de impago, libertad vigilada consistente en prohibición de acercarse a menos de 200 metros de Milagrosa de su domicilio, lugar de trabajo o centro de estudios o de cualquiera en que se encuentre durante 2 años o de comunicarse con ella por cualquier medio durante ese mismo período y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de docente de menores de edad durante 1 año.

Igualmente fue condenado al pago de las costas procesales incluidas las devengadas por las acusaciones particulares.

La citada sentencia fue recurrida en apelación por la representación procesal de D. Pedro Jesús , dictándose sentencia núm. 57/2023, de 7 de marzo por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz que, estimando parcialmente el recurso, revocó en parte la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, en el sentido de considerar que no concurría el subtipo agravado de prevalimiento, imponiendo la pena de multa de veintidós meses con una cuota diaria de 12 euros, confirmando íntegramente todos los restantes pronunciamientos de aquella y declarando de oficio las costas de la alzada.

Contra esta última sentencia recurren D.ª Victoria y D. Pedro Jesús .

Recurso formulado por la representación procesal de D.ª Victoria .

SEGUNDO.-El primer motivo del recurso se articula por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, denunciando la indebida inaplicación del art. 181.5 CP en relación con el art. 180.1.4 CP.

Sostiene que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz incurre en error de subsunción al excluir dicha agravación pese a mantener inalterado el relato de hechos probados fijado en la instancia. A su juicio, de esos hechos se desprende que el acusado, profesor y director del centro educativo, se aprovechó de la relación de superioridad que mantenía respecto de las alumnas para realizar los tocamientos de carácter sexual que se declaran probados. Sin embargo, el tribunal de apelación descartó la aplicación del subtipo agravado al entender que el prevalimiento exige que el autor obtenga un consentimiento viciado de la víctima mediante la utilización de una posición de superioridad.

La recurrente estima que esta interpretación resulta incorrecta desde el punto de vista jurídico, pues el prevalimiento contemplado en los arts. 181.5 y 180.1.4 CP no requiere necesariamente la existencia de un consentimiento viciado. Considera que dicha agravación concurre cuando el autor, aun actuando sin

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

consentimiento de la víctima, se aprovecha de una situación objetiva de superioridad que facilita la comisión del delito. En este sentido, se argumenta que la relación profesor-alumna generaba una evidente situación de ascendencia y autoridad que el acusado habría utilizado para efectuar los tocamientos descritos en el relato fáctico.

Por ello, a su juicio, la Audiencia Provincial debió mantener la agravación apreciada en la instancia y que su exclusión supone una indebida aplicación de la ley penal sustantiva.

1. Conforme reiterada Jurisprudencia de esta Sala, (SSTS núm. 33/2017, de 26 de enero y 159/2017, de 14 de marzo entre otras muchas) el tipo agravado contemplada en el art. 180.1.4ª CP no contempla un consentimiento viciado por la actuación del sujeto en situación de superioridad, sino de ausencia de consentimiento que es aprovechada por quien se encuentra en situación de superioridad. Se refiere así a la ejecución del hecho y no al consentimiento de la víctima. Esta agravación prevista en el art. 180.1.4ª CP presenta diferencias sustanciales con el previsto en el art. 181.3, en el que también se contempla el prevalimiento, aunque en esta ocasión dirigido a obtener el consentimiento de la víctima, al aprovechar el autor una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de aquella. Por el contrario la agravación contenida en el art. 180.1.4ª CP el sujeto de se aprovecha de una situación de superioridad que le facilita la comisión del delito, facilitación que no opera sobre la base de obtener el consentimiento de la víctima, sino en atención a las circunstancias que esa relación de superioridad trae consigo. De esta forma el prevalimiento o abuso de superioridad se refiere a la ejecución del hecho y no al consentimiento de la víctima (STS núm. 739/2015, de 20 de noviembre).

2. En el caso examinado, los propios razonamientos expresados por la Audiencia deben llevar a la aplicación del tipo agravado.

Efectivamente, el hecho probado declarado por el Juzgado de lo Penal y mantenido por la Audiencia, expresa que los tocamientos libidinosos tuvieron lugar en el curso escolar 2015/2016, en el que la menor Victoria , nacida el NUM000 de 1999, contaba en el transcurso de los hechos con 16 años y la menor Milagrosa , nacida el NUM001 de 1999, contaba, cuando se cometió el hecho delictivo con relación a ella en el mes de junio de 2016, con 17 años. A continuación refiere que el acusado «aprovechándose de su condición de profesor de ambas alumnas y de su minoría de edad cometió diversos tocamientos lascivos sobre las mismas». Junto a ello, la Audiencia razona que «no nos encontramos ante un consentimiento obtenido de forma viciosa, sino ante un actuar completamente ajeno a la voluntad de las víctimas».

De esta forma se aprecia en la ejecución del hecho por parte del acusado una situación de superioridad manifiesta de la que abusó o se aprovechó frente a sus víctimas, derivada no solo de su edad, sino de su ascendencia personal notoria, eficaz y objetivamente apreciable, como profesor de ambas menores y director del Instituto. Ese abuso de superioridad se refiere a la ejecución del hecho y no al consentimiento de la víctima.

Así pues, el motivo debe ser estimado. Ello no obstante, tal decisión no implica necesariamente retomar la individualización de la pena llevada a cabo por el Juzgado de lo Penal, extremo que se examinará al abordar los siguientes motivos planteados por la recurrente.

TERCERO.-El segundo motivo del recurso se formula también por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, denunciando la vulneración de los arts. 66.1.6º y 72 CP en relación con el deber de motivación de las resoluciones judiciales previsto en el art. 120 CE.

Señala que la sentencia de la Audiencia Provincial no ha motivado adecuadamente los criterios de individualización de la pena tras suprimir la agravante de prevalimiento. A su juicio, el Tribunal de apelación sustituyó la pena de prisión impuesta por el Juzgado de lo Penal por una pena de multa sin explicar de forma suficiente las razones de esa decisión, lo que ha determinado la imposición de una pena «irracional, no ponderada y arbitraria».

Añade que la conducta del acusado respecto de Victoria presenta mayor gravedad, por la reiteración de los tocamientos y la mayor entidad del desvalor de la acción, que la relativa a la otra víctima, Milagrosa . Sin embargo, la Audiencia Provincial impone en ambos casos una pena de multa de la misma extensión, lo que, a juicio de la recurrente, supone una incorrecta individualización de la pena y vulnera el principio de proporcionalidad.

Considera que los hechos relativos a Victoria justificaban la imposición de una pena privativa de libertad, como había acordado el Juzgado de lo Penal, y la decisión de la Audiencia Provincial de sustituirla por una multa carece de motivación suficiente y se aparta de los criterios de individualización previstos en los arts. 66 y 72 CP.

1. Conforme expresábamos en la sentencia núm. 454/2020, de 17 de septiembre con cita de la sentencia núm. 539/2018, de 8 de noviembre, en orden a la motivación de la pena « esta Sala ha recordado con reiteración (sentencia núm. 241/2017, de 5 de abril) la "conveniencia de una motivación sobre el particular, explicitando las razones que hayan presidido la solución aceptada" (sentencias de 5 de diciembre de 1991 y 26 de abril de 1995, entre otras), porque, como dice la Sentencia de esta Sala 1008/1999, de 21 de junio, "la facultad de individualizar la pena dentro del marco legalmente determinado esta jurídicamente vinculada por los criterios de gravedad del hecho y personalidad del delincuente y afectan en supuestos como el presente a un derecho fundamental de contenido sustancial, el derecho a la libertad personal del recurrente que constituye, además, uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico".

Es necesaria una motivación especial de la pena, en los supuestos siguientes: a) cuando la pena se exaspera al máximo sin razón aparente (sentencias 4 de febrero de 1992, 26 de abril de 1995 y 4 de noviembre de 1996); b) cuando se hace uso de la facultad atribuida por la ley para aplicar una pena de grado superior a la inicialmente predeterminada (párrafo segundo del artículo 74 del Código Penal 1995, por ejemplo); c) cuando uno de los autores de los mismos hechos en quien no concurren especificas circunstancias de agravación es sancionado con una pena notoriamente superior a la de los demás sin motivo aparente; d) cuando por unos mismos hechos se impone a varios coautores una pena idéntica, siendo así que en uno de ellos concurre una circunstancia modificativa de la responsabilidad que no resulta aplicable a los demás, existiendo margen legal para valorar el efecto atenuatorio o agravatorio de la circunstancia (sentencia núm. 1182/1997 de 3 de octubre); e) cuando la norma legal permite reducir la penalidad bien en uno bien en dos grados (tentativa, atenuantes plurales o muy cualificadas y eximentes incompletas), en cuyo caso dicha opción debe ser motivada con referencia a los criterios legales(sentencias de 27 de julio de 1998 y 3 de junio de 1999) siempre recordando que la exigencia de motivación no constituye un requisito formal sino un imperativo de la racionalidad de la decisión, por lo que no es necesario explicar lo obvio. (F.J.3º)".»

Ello no obstante, en ocasiones ha recordado esta Sala (SS 27.9.2006 y 11.04.2018), la doctrina del Tribunal Constitucional que, interpretando los arts. 24 y 120 CE ha señalado que «una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado.»

Igualmente hemos admitido que la motivación de la individualización punitiva puede deducirse del conjunto de la resolución, no siendo necesaria la vinculación formal a un apartado específico de la resolución. Lo relevante es que en la sentencia consten las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho que justifica la imposición de la pena en la extensión adecuada (SS. 1590/2003, de 22 de abril de 2004, y 898/2006, de 18 de septiembre).

2. En el supuesto sometido a consideración, la sentencia recurrida contiene una motivación expresa y suficiente sobre las razones que conducen a la individualización de la pena.

La Audiencia Provincial, no solo excluyó el tipo agravado de prevalimiento, sino que al individualizar la pena, estimó proporcionado sustituir la pena de prisión impuesta en la instancia por una pena de multa. Y lo hizo de forma motivada y razonada, atendiendo para ello a «la nula peligrosidad personal subjetiva del acusado y la escasa gravedad objetiva de los tocamientos que se declaran probados, dentro de que por supuesto son constitutivos de un delito de abuso sexual».

Como hemos expresado en el anterior apartado, la individualización de la pena constituye una facultad propia del tribunal sentenciador, quien debe ponderar las circunstancias personales del acusado y la mayor o menor gravedad del hecho dentro del marco punitivo previsto por la ley. El control casacional en esta materia es necesariamente limitado y solo procede cuando la decisión resulte manifiestamente arbitraria o carente de toda motivación, lo que no acontece en el presente caso.

Frente al parecer de la Audiencia la recurrente sostiene que la conducta del acusado respecto de Victoria presenta mayor gravedad, por la reiteración de los tocamientos y la mayor entidad del desvalor de la acción, que la relativa a la otra víctima. Olvida con ello que la reiteración de los tocamientos ha llevado a apreciar la continuidad delictiva, y la mayor entidad del desvalor de la acción se basa fundamentalmente en esa reiteración.

Tampoco puede prosperar la alegación relativa a la supuesta desproporción derivada de que la Audiencia Provincial imponga una pena de multa de igual extensión respecto de los hechos cometidos contra ambas víctimas.

Como advierte el Ministerio Fiscal ante esta Sala, de la argumentación contenida en la resolución recurrida se infiere que la modificación introducida por la sentencia de apelación se proyecta exclusivamente sobre la pena

de prisión impuesta por el Juzgado de lo Penal respecto de los hechos relativos a Victoria . Por el contrario, se mantiene la pena de multa que ya había sido establecida para la conducta vinculada a Milagrosa , pese a que la circunstancia agravatoria derivada de la relación de superioridad fue igualmente eliminada en la calificación jurídica de los hechos concernientes a esta última.

En todo caso, la sentencia recurrida se mueve dentro de los márgenes legales del tipo penal y razona la opción por la pena de multa en atención a la valoración conjunta de las circunstancias concurrentes. La mera discrepancia de la parte recurrente con dicha valoración no convierte la decisión judicial en arbitraria ni evidencia infracción alguna de los arts. 66 y 72 CP.

En definitiva, la resolución impugnada contiene una motivación suficiente sobre la elección y extensión de la pena, ajustándose a los criterios de individualización establecidos en la ley y en la jurisprudencia de esta Sala. Lo que en realidad pretende la recurrente es sustituir la ponderación efectuada por el tribunal de apelación por la suya propia, lo que excede claramente de los límites del recurso de casación por infracción de ley.

Por último debe advertirse que la estimación del anterior motivo, y con ello la aplicación del subtipo agravado interesada por la recurrente, no conduce necesariamente a retomar la pena de prisión fijada por el Juzgado de lo Penal, al no concurrir razones suficientes para justificar la imposición de una pena más grave, más allá de la reiteración de actos que ya han sido tomados en consideración para apreciar la continuidad delictiva.

En todo caso, la apreciación de la agravación contenida en el art. 181.5 en relación con el art. 180.1.4ª CP, determina que la pena de multa deba ser impuesta en extensión de 22 meses y 15 días a 24 meses, imponiéndose en extensión de 23 meses.

No procede la aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de 6 de septiembre por no ser más favorable. En la citada ley, los hechos por los que el recurrente ha sido condenado estarían comprendidos en los arts. 178.1 y 180.1.5ª CP que castigaba la conducta con pena de dos a ocho años de prisión. No podría serle aplicable la atenuación prevista en el apartado 3 del art. 178 permite, en atención a la menor entidad del hecho, al concurrir la circunstancia prevista en el art. 180.1.5ª CP.

Conforme a lo expuesto, el motivo no puede prosperar.

CUARTO.-El tercer motivo del recurso de casación se formula también por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim y denuncia la incorrecta aplicación del art. 50.5 CP en la determinación de la pena de multa.

Sostiene que la sentencia de apelación incurre en error al fijar distintas cuotas diarias de multa, 12 euros en un caso y 6 euros en otro, pese a tratarse del mismo acusado. A su juicio, el art. 50 CP distingue claramente entre la extensión de la multa (número de cuotas), que depende de la gravedad del hecho, y el importe de la cuota diaria, que debe fijarse exclusivamente en atención a la situación económica del reo.

Partiendo de esta premisa, afirma que la capacidad económica del acusado es única y no puede variar en función de la víctima o del delito concreto, por lo que no sería correcto establecer diferentes cuantías de cuota diaria en las penas de multa impuestas.

La individualización de la pena realizada por el Juzgado de lo Penal por los hechos cometidos en la persona de Milagrosa no fue cuestionada ante la Audiencia, habiendo permanecido inalterada.

Como hemos señalado de manera reiterada, cualquier intento de hacer valer en casación temas ausentes en la previa apelación, tropieza con el obstáculo de la prohibición de un recurso per saltum: la casación es admisible contra la sentencia de apelación; no contra la dictada por el Juzgado de lo Penal.

En este sentido, expresábamos, entre otras, en la sentencias núm. 67/2020, de 24 de febrero y 35/2021, de 21 de enero, «Respecto de la cuestión nueva, hemos recordado con reiteración (STS nº 828/2005, de 27 de junio), que la doctrina de esta Sala sobre el recurso de casación "establece que el control casacional no puede extenderse a cuestiones que, siendo posible, no se hayan planteado oportunamente en la instancia, de modo que puedan haber sido objeto del pertinente debate, dando lugar a una resolución del Tribunal que pueda ser revisada en esta sede". En sentido similar, entre otras, la STS nº 22/2005, de 17 de enero.

Este planteamiento tiene su origen en resoluciones anteriores a la generalización de la segunda instancia en materia penal. (...)

Establecido el previo recurso de apelación contra la sentencia de instancia, la jurisprudencia ha venido insistiendo en la necesidad de que las cuestiones que se plantean en casación lo hayan sido anteriormente en apelación. Así decíamos en la STS nº 661/2019, de 14 de enero de 2020 que "la existencia de un recurso previo de apelación impone la exigencia de que las cuestiones que se plantean en el recurso de casación lo hayan sido antes en aquel. Dicho de otra forma, en el recurso de casación no podrán examinarse cuestiones

nuevas no planteadas en la apelación cuando el recurrente pudo hacerlo". (En sentido similar, entre otras, STS 781/2017, de 30 de noviembre; STS nº 451/2019, de 3 de octubre; o STS nº 495/2019, de 17 de octubre).

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

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

De todos modos, la segunda de las citadas excepciones, especialmente, estaba referida a los casos en los que, no habiéndose alegado en el plenario, la concurrencia de una atenuante o de un subtipo atenuado o de una circunstancia similar, resultara directamente de los hechos que el Tribunal había declarado probados la base fáctica que permitiría apreciar su concurrencia. Posición generalizable a cualquier otra alegación omitida que cumpliese esas exigencias. Así, el recurrente, aunque hubiera omitido indebidamente esa alegación en el plenario, podía reclamar en apelación la aplicación de aquello que resultara directamente de los hechos probados de la sentencia recurrida.

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

Tampoco se justifica cuando se alega en casación una infracción de derechos fundamentales que no ha sido planteada en apelación. Esta Sala ha excluido del recurso de apelación las alegaciones amparadas en el artículo 852 de la LECrim cuando se trata de recursos contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias provinciales. Por lo tanto, el hecho de que se alegue la vulneración de un derecho fundamental no justifica por sí mismo que se examine la cuestión nueva en casación.

Además de estos supuestos que puedan encuadrarse en la noción de cuestiones de orden público, la jurisprudencia ha admitido otros casos que tienen una justificación diferente. Se trataría de cuestiones que, o bien no pudieron ser planteadas en el recurso de apelación, por razones obvias, o bien de cuestiones que, aunque desde otras perspectivas, en realidad ya habían sido planteadas en aquel recurso. (...)

Aun así, todavía podrían plantearse supuestos en los que, muy excepcionalmente, se justificaría el examen de una cuestión no planteada en apelación.

Esta Sala ha admitido esa posibilidad cuando se trata de la prescripción o de otras cuestiones que deban apreciarse de oficio por los Tribunales. Así, en la STS nº 174/2006, de 22 de febrero [El reproche es impugnado por una de las partes recurridas por tratarse de una cuestión nueva no planteada en la instancia. Este reparo, sin embargo, no puede ser aceptado por cuanto la prescripción es una institución de orden público que puede y debe ser apreciada incluso de oficio por los órganos jurisdiccionales (véanse SS.T.S. de 26 de abril de 1.996 y 9 de mayo de 1.997, entre otras muchas)]. O, con carácter más general, STS nº 22/2005, de 17 de enero [Tan insalvable obstáculo pretende soslayarlo el recurrente alegando que la atenuante que ahora interesa "debió aplicarse de oficio" por el Tribunal sentenciador, argumento inaceptable al no tratarse de una materia de orden público que legitimaría a aquel a resolver de oficio sin previa pretensión de alguna de las partes procesales]. O en la STS nº 480/2009, de 22 de mayo, [para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de otra parte y con excepción del daño que se derive de la aplicación de normas de orden público procesal (SSTC. 15/87 de 11.2, 17/89 de 30.1, 70/99 de 26.4) "cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes"].

También por el Tribunal Constitucional, entre otras en la STC 123/2005, de 12 de mayo; STC 140/2006, de 8 de mayo, FJ 5; STC 155/2009, de 25 de junio o STC 198/2009, de 28 de setiembre, FJ 2.

A esta posibilidad también se ha referido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la Sentencia de 17 de marzo de 2016, Bensada Benallal, (Cuando de conformidad con la legislación nacional, un motivo planteado por primera vez ante un tribunal nacional de casación, basado en la violación del derecho interno, sólo es admisible si es de orden público, un motivo basado en la violación del derecho a ser oído, tal y como garantiza el derecho de la UE, y que se plantea también por primera vez ante el mismo tribunal de casación, debe ser declarado también admisible si cumple las condiciones exigidas por la legislación nacional para ser considerado como un motivo de orden público, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional

remitente). En similar sentido la STJUE de 14 de noviembre de 2017, Caso British Airways contra Comisión Europea.

En definitiva, aunque las excepciones a la regla general han sido interpretadas y aplicadas en ocasiones con amplia generosidad, una vez que se ha generalizado el recurso de apelación, en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo».

En el mismo sentido, decíamos en STS (Pleno) 345/2020, de 25 de junio, «surge (...) al examinar con detalle el recurso y sus antecedentes, otro problema de admisibilidad: se suscita una cuestión nueva en tanto no fue planteada ni en la instancia ni en apelación. No es ello posible, salvo supuestos marcadamente excepcionales. Lo impide la naturaleza revisora del recurso de casación. Lo que se recurre es la sentencia de apelación. Se analiza si ha acertado al resolver el recurso planteado. No pueden traerse a casación cuestiones que no han sido objeto de debate en apelación. No podemos revisar la decisión de la Audiencia sobre ese punto, sencillamente porque no ha adoptado ninguna decisión al respecto en cuanto el tema no le fue planteado. Eso comporta la inadmisibilidad del recurso. Cuando coexisten dos escalones impugnativos -normalmente, apelación y casación-, al segundo solo podrán acceder, salvo excepciones relacionadas con el orden público procesal o gravámenes derivados de la propia sentencia de apelación, las cuestiones que hayan sido objeto de debate en la instancia previa. Tal regla constituye una derivación de la doctrina de la cuestión nueva en el ámbito de los recursos, campo donde además adquiere connotaciones más rígidas. A la segunda instancia puede llevarse todo lo tratado en el juicio de instancia de forma explícita o implícita. También cuestiones que no hubieran sido alegadas pero que han aflorado en la sentencia como consecuencia de la amplitud del conocimiento en esa instancia, marcado tan solo por los principios acusatorio, en materia penal, y de rogación o dispositivo en otros ámbitos. No en cambio aquellos temas novedosos que fueron silenciados sin razón alguna en la instancia. De tal modo, a un recurso posterior solo podrá acceder lo delimitado por la impugnación previa. El recurso de casación penal en el régimen vigente se admite legalmente contra sentencias dictadas en apelación. En casación se ventila la corrección de la decisión del Tribunal de apelación. Ello, indirectamente, supondrá debatir sobre temas decididos primeramente en la instancia. Pero no, insistimos, sobre todos, sino solo sobre aquellos que hayan sido llevados a la apelación porque solo sobre estos puede pronunciarse el tribunal ad quem».

En consonancia con esta doctrina es evidente que el presente motivo no puede ser estimado.

Recurso formulado por D. Pedro Jesús .

QUINTO.-El primer motivo del recurso se formula por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, denunciando la aplicación indebida del art. 181.1 CP.

El recurrente sostiene que los hechos declarados probados no reúnen los elementos típicos del delito aplicado, porque no concurriría el elemento subjetivo del injusto, esto es, el dolo de atentar contra la libertad sexual de las víctimas. Considera que la mera existencia de tocamientos no permite afirmar automáticamente el carácter sexual de la conducta ni la intención de lesionar la libertad sexual, siendo necesario acreditar que el autor actuó con conocimiento y voluntad de agredir la libertad sexual.

Señala que, atendiendo al contexto en el que se produjeron los hechos, un ambiente de confianza, proximidad y trato distendido con los alumnos, las conductas descritas no tendrían un contenido inequívocamente sexual ni responderían a un propósito de atentar contra la libertad sexual, por lo que la sentencia habría subsumido indebidamente los hechos en el tipo penal del art. 181.1 CP.

El segundo motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 181.1 CP.

En su desarrollo reitera que la sentencia recurrida habría subsumido indebidamente los hechos en el delito de abuso sexual, insistiendo en que no concurriría el elemento subjetivo del tipo, al no haberse acreditado que actuara con intención de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de las víctimas. Insiste que los tocamientos, aun siendo varios, no dejan de ser fugaces, aislados y realizados en lugares públicos, en presencia de otras personas, dentro de una relación de camaradería aceptada entre los partícipes, que se producen como toques muy simples, superficiales, por encima de la ropa, sin afectar a zona genital, y sin elementos más propios de una mayor entidad sexual, lo que excluiría su carácter inequívocamente sexual y, por tanto, al faltar la antijuridicidad de la conducta, los hechos serían atípicos.

Por razones de sistemática casacional y a fin de evitar repeticiones innecesarias, daremos respuesta conjunta a estos dos motivos.

1. El delito de abuso sexual previsto en el art. 181.1 CP exige la realización de actos de contenido sexual que afecten a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, siendo suficiente, en el plano subjetivo, el dolo genérico consistente en el conocimiento y voluntad de realizar una conducta de naturaleza sexual.

La jurisprudencia de esta Sala ha reiterado que no es necesaria la acreditación de un específico ánimo libidinoso en sentido clásico, bastando con que el autor sea consciente del carácter sexual del acto que ejecuta y de su incidencia en la esfera sexual de la víctima. Como recordábamos en la sentencia núm. 652/2020, de 2 de diciembre, con referencia a la sentencia núm. 433/2018, de 28 de septiembre *«este tipo de delitos contra la libertad sexual "(...) no requiere un elemento subjetivo especifico que, a veces, se ha expresado con la identificación de unos ánimos, lascivo, lúbrico o libidinoso, sino que como delito contra la libertad requiere en su tipicidad subjetiva el dolo entendido, en su acepción clásica, como conocimiento y voluntad de agredir la libertad sexual o la indemnidad de una persona, sin necesidad de que se concrete en un ánimo lúbrico o libidinoso, que no viene requerido por la tipicidad. (...)*

La tipicidad subjetiva no requiere una finalidad libidinosa (STS 424/2017, de 13 de junio), lo que exige es la descripción de la naturaleza sexual del acto que se realiza voluntariamente y, junto a ello, la concurrencia de la afectación del bien jurídico, la libertad y la indemnidad sexual. Ciertamente, es normal que las sentencias para dar un mayor énfasis a la conducta exprese la finalidad libidinosa, pero no es una exigencia típica, de manera que puede atentarse a la libertad e indemnidad sexual, como en el caso de esta casación, sin que concurra el ánimo que se menciona en el hecho, de la misma manera que puede agredirse a la libertad sexual por una finalidad de odio, racismo, xenofobia, etc... (STS 411/2014, de 26 de mayo , 897/2014, de 15 de diciembre)."

En el mismo sentido decíamos en la sentencia, 517/2016, de 14 de junio que "Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo, basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que será suficiente con que el autor conozca que su conducta, o su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Ello sin perjuicio de que este aspecto venga acreditado cuando de los hechos resulte la concurrencia de aquel ánimo, pues de ser así, el conocimiento antes mencionado será evidente."»

2. Conforme a la doctrina que se acaba de exponer, el planteamiento que efectúa el recurrente a través de estos motivos no puede ser acogido. Debe recordarse que el recurso de casación por infracción de ley exige partir necesariamente del respeto absoluto al relato fáctico declarado probado por la sentencia recurrida, sin que sea posible introducir valoraciones alternativas sobre el contexto o el significado de las conductas que contradigan o alteren dicho relato. Desde esta perspectiva, la cuestión a resolver se limita a determinar si los hechos descritos en la sentencia encajan o no en el tipo penal aplicado.

Pues bien, el hecho probado describe que «El acusado, aprovechándose de su condición de profesor de ambas alumnas y de su minoría de edad cometió diversos tocamientos lascivos sobre las mismas.» A continuación relaciona los distintos tocamientos que llevó a cabo sobre cada una de las menores y el contexto en que estos tuvieron lugar. Se refiere en primer lugar a los tocamientos sobre Victoria , el primero en un bar «cercano al Instituto en donde les ofreció tomar vino diciéndoles que era un estimulante sexual. En un momento dado, aprovechando que Victoria estaba sentada a su lado en un taburete, con intención de satisfacer su instinto sexual le tocó las nalgas en la parte que sobresalía del taburete». El segundo en clase tras salir Victoria a la pizarra y mancharse con la tiza «El acusado, con ánimo lúbrico, procedió a tocarle el trasero a Victoria con la excusa de limpiarle la tiza de sus ropas». El tercero «Al ir a recoger el coche, el acusado que caminaba junto a Victoria , de manera procaz, le tocó las nalgas». En una cuarta ocasión «el acusado se ofreció a llevar a Victoria en su vehículo. Cuando acabó el trayecto al salir aquella del automóvil, el acusado aprovechó para tocar a Victoria en el trasero a fin de satisfacer su deseo sexual». El último tocamiento tuvo lugar con motivo de una comida de fin de curso «el acusado extendió su mano hacia el pecho de Victoria y se lo tocó en un inequívoco gesto de naturaleza sexual. Posteriormente cuando se encontraban sentados en la terraza del restaurante procedió de nuevo a tocar las nalgas de Victoria por debajo de la mesa a fin de satisfacer sus instintos sexuales».

En relación a Milagrosa , el acusado, en esa misma comida de fin de curso, «procedió a acompañar al baño a Milagrosa a la que puso su brazo sobre sus hombros circunstancia que aprovechó el acusado para poner su mano sobre el pecho de Milagrosa a fin de satisfacer su deseo sexual. Cuando se encontraban en la terraza el acusado aprovechó que Milagrosa se levantó para dirigirse al baño para con ánimo libidinoso tocarle el trasero».

De esta forma, aun cuando, como ya hemos expresado, el delito previsto en el art. 181.1 CP exige únicamente la realización consciente y voluntaria de actos de naturaleza sexual, sin que sea necesaria la acreditación de un específico ánimo libidinoso en sentido tradicional, el hecho probado afirma, en cada uno de los actos cometidos sobre cada una de las menores, el ánimo que guiaba la acción del acusado. Así, después de afirmar la existencia de «tocamientos lascivos» sobre las menores, se refiere hasta en nueve ocasiones al ánimo que

guiaba al acusado: «con intención de satisfacer su instinto sexual», «con ánimo lúbrico», «de manera procaz», «a fin de satisfacer su deseo sexual», «lo tocó en un inequívoco gesto de naturaleza sexual», «a fin de satisfacer sus instintos sexuales» «a fin de satisfacer su deseo sexual» «con ánimo libidinoso».

Así pues, a partir del relato fáctico que la sentencia declara probado la conclusión alcanzada por el tribunal sentenciador sobre el carácter sexual de la conducta resulta plenamente razonable y jurídicamente correcta. Los comportamientos del acusado presentan un evidente contenido sexual que inciden directamente en la esfera de la libertad o indemnidad sexual de las menores. La naturaleza sexual de tales comportamientos no queda neutralizada por la invocación de un supuesto ambiente de confianza o de broma, pues el contexto relacional no altera el significado objetivo de los actos cuando éstos consisten en contactos físicos que, por su propia naturaleza, afectan a la esfera sexual de las víctimas.

En realidad, el motivo pretende sustituir la valoración efectuada por los tribunales de instancia sobre el significado y alcance de los hechos por una interpretación distinta favorable al acusado, lo que excede del ámbito del recurso de casación por infracción de ley.

En consecuencia, no puede apreciarse error alguno de subsunción en la sentencia recurrida, por lo que el motivo debe ser desestimado.

SEXTO.-El tercer motivo del recurso se formula por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida inaplicación del art. 21.6 CP, en relación con los arts. 66.1.2ª y 72 CP.

El recurrente sostiene que el procedimiento sufrió una demora excesiva que debió dar lugar, al menos, a la apreciación de dicha atenuante y, además, con carácter muy cualificado, lo que permitiría una reducción de la pena en uno o dos grados. Para fundamentar esta pretensión alega que transcurrieron más de tres años entre el auto de incoación del procedimiento abreviado (15 de septiembre de 2017) y la celebración del juicio oral en diciembre de 2020, periodo que considera injustificado y no atribuible a su actuación.

Añade que la causa no presentaba especial complejidad que justificara esa demora y que, además, se produjeron nuevos retrasos durante la tramitación del recurso de apelación, que tardó aproximadamente dos años en resolverse, lo que, a su juicio, refuerza la existencia de dilaciones indebidas.

1. Este Tribunal viene señalando (sentencias núm. 360/2014 y 364/2018) que, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una efectiva lesión de especial entidad derivada de la dilación, la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse (más como resumen empírico que como norma de seguimiento) atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del art. 21.6ª CP.

Como criterios a tener en cuenta en la doctrina del Tribunal Constitucional y en jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar si se han producido o no las dilaciones indebidas, se encuentran: a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes; e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles, etc.

Conforme indicábamos en la sentencia núm. 703/2018, de 14 de enero, «el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso en cada caso el examen de las actuaciones. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

Su apreciación como muy cualificada requerirá de una paralización que pueda ser considerada superior a la extraordinaria, o bien que ésta, dadas las concretas circunstancias del penado y de la causa, pueda acreditarse que ha ocasionado un perjuicio muy superior al ordinariamente atribuible a la dilación extraordinaria necesaria para la atenuante simple. En este sentido, en la STS 692/2012 se hace referencia a una dilación manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. Y añade que también, cuando no siendo así, la dilación materialmente extraordinaria pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales.

En algunos precedentes, esta Sala ha aplicado la atenuante como muy cualificada en procesos por causas no complejas de duración entre ocho y doce años entre la incoación y la sentencia de instancia (STS 1224/2009; STS 1356/2009; STS 66/2010; STS 238/2010; y STS 275/2010) reduciendo la pena en uno o dos grados según las circunstancias de cada caso. Así se recogía en la STS nº 72/2017, de 8 de febrero.»

Como explica y compendia la sentencia núm. 668/2016, de 21 de julio *«en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003 de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003 de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002 de 21 de marzo (9 años); 3912007 de 15 de enero (10 años); 896/2008 de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008 de 12 de febrero (16 años); 44012012 de 25 de mayo (diez años); 805/2012 de 9 octubre (10 años); 37/2013 de 30 de enero (ocho años); y 360/2014, de 21 de abril (12 años).»*

La sentencia núm. 760/2015, de 3 de diciembre estimó una atenuante de dilaciones muy cualificada en un supuesto de 13 años de duración del proceso, en el que la única actividad procesal relevante en los últimos cinco fue el nombramiento de Letrado a un responsable civil y la formulación de conclusiones provisionales por éste.

Sobre la posibilidad de tomar en consideración los retrasos en el dictado de la sentencia y los tiempos invertidos en la tramitación y resolución de los recursos, y aun cuando la jurisprudencia de esta Sala se ha mostrado vacilante, en recientes sentencias hemos apreciado (vid sentencias 445/2022, de 5 de mayo; 784/2022, de 22 de septiembre y 781/2023, de 18 de octubre) que la valoración de los retrasos padecidos tras el juicio oral ha de ser más bien restringida y limitada a casos excepcionales, entre los que, en principio, no cabe incluir los derivados del juego ordinario y normal de la tramitación de los recursos legalmente previstos.

En este sentido, como expresábamos en la sentencia núm. 784/2022, de 22 de septiembre, «la regla general es la valoración del tiempo transcurrido hasta el enjuiciamiento. Los retrasos en el dictado de la sentencia pueden ser tenidos en cuenta, pero siempre con mayores prevenciones. Los tiempos invertidos en la tramitación y resolución de los recursos solo excepcionalmente han de manejarse a estos efectos, sin perjuicio de que puedan ser tomados en consideración a otros fines (vid art. 4.4 CP)».

2. En el caso examinado, la sentencia recurrida valoró expresamente el periodo temporal invocado por el recurrente y concluyó razonadamente que el transcurso aproximado de tres años entre la fase intermedia y la celebración del juicio oral no presentaba entidad suficiente para integrar la circunstancia atenuante.

La argumentación del recurrente se limita a poner de relieve el lapso temporal existente entre el auto de incoación del procedimiento abreviado y la celebración del juicio oral, sin identificar ni concretar los eventuales periodos de paralización que, a su juicio, habrían tenido lugar durante la fase intermedia. Tal planteamiento omite que dicha fase comprende actuaciones procesales indispensables para posibilitar la apertura del juicio oral.

Así, como expone el Ministerio Fiscal ante esta Sala, tras dictarse el auto de incoación del procedimiento abreviado, se dio traslado al Ministerio Fiscal y a las dos acusaciones particulares para la formulación de sus respectivos escritos de acusación; posteriormente se acordó la apertura del juicio oral y se confirió traslado a la defensa del acusado y a la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía en su condición de responsable civil. Concluidos estos trámites, la causa fue remitida al Juzgado de lo Penal competente, que, tras examinar las pruebas propuestas por las partes, dictó auto de admisión y procedió al señalamiento del juicio. Dicho señalamiento inicial se fijó para el mes de enero de 2020, atendiendo, entre otras circunstancias, a la amplitud de la prueba testifical propuesta y a la práctica de una pericial psicológica. No obstante, ese señalamiento hubo

de suspenderse debido a la imposibilidad justificada de comparecencia de una testigo considerada relevante para la acusación.

A ello se añade que el recurrente omite hacer mención especial de las razones que permiten calificar determinados espacios temporales, que no delimita, como injustificados o que determinan el carácter desmedidamente excepcional de aquella duración, al referirse de manera genérica a la fase intermedia del procedimiento. Igualmente elude cualquier referencia a las consecuencias gravosas de la dilación para él, lo que nos lleva al rechazo de su pretensión con arreglo a los parámetros jurisprudenciales anteriormente expuestos.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.-El recurrente formula otros tres motivos al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, con interdicción de la indefensión, y 120.3 CE.

1. Conforme señala el art. 847.1.b) LECrim, procede recurso de casación: «Por infracción de ley del motivo previsto en el núm. 1º del art. 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional». Y según dispone el art. 884.3º, el recurso será inadmisible: «Cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos, salvo lo dispuesto en el número 2º del artículo 849».

Esta Sala, en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016, interpretando el art. 847.1, letra b) LECrim, estableció el ámbito de este recurso en los siguientes términos:

a) El art. 847 1º letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849. 2°, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el artículo 849 1° deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

e) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2. En el presente caso, a través de estos tres motivos, el recurrente sostiene que la prueba de descargo no ha sido debidamente examinada ni valorada de forma suficiente en la resolución impugnada. A su juicio, la sentencia dictada en apelación habría efectuado una revisión de la valoración probatoria de manera parcial, manteniendo la conclusión condenatoria pese a que, según afirma, el conjunto de la prueba practicada no permite alcanzar una certeza concluyente acerca de la realidad de los tocamientos atribuidos al acusado. Asimismo, estima que la apreciación de un propósito de naturaleza sexual en la conducta del acusado se habría deducido a partir de inferencias o presunciones, sin que exista, a su entender, una actividad probatoria de cargo directa que permita afirmar tal elemento subjetivo.

Conforme a lo expresado en el anterior apartado, los motivos están excluidos de esta modalidad de recurso. A través de ellos lo que expresa el recurrente es su discrepancia con la suficiencia y valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia y con la que se ha considerado enervada la presunción de inocencia.

Ya hemos visto cómo el art. 847.1.b) LECrim sólo permite estos recursos por infracción de ley del art. 849.1º LECrim y por interés casacional. Y las pretensiones deducidas por el recurrente en estos motivos responden al motivo previsto en el art. 852 LECrim, por infracción de precepto constitucional.

Tampoco se expresa en ellos, ni se deduce de su contenido circunstancia alguna que permita apreciar la existencia de interés casacional.

Por ello es evidente que los tres motivos quedan fuera del ámbito propio de esta clase de recurso por lo que no procede su análisis en esta sede casacional.

El motivo se desestima.

OCTAVO.-La estimación del recurso formulado por la representación procesal de D.ª Victoria determina la declaración de oficio de las costas de su recurso. La desestimación del recurso formulado por la representación procesal de D. Pedro Jesús debe llevar a la imposición al mismo de las costas de su recurso. Todo ello de conformidad con el art. 901 LECrim.

F A L L O

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

1) Estimarel recurso formulado por la representación procesal de D.ª Victoria contra la sentencia núm. 57/2023 de 7 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el Rollo de Apelación núm. 100/2022, en la causa seguida por delito de abuso sexual y en su virtud **casamos y anulamos**parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2) Desestimarel recurso formulado por la representación procesal de D. Pedro Jesús contra la sentencia núm. 57/2023 de 7 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el Rollo de Apelación núm. 100/2022.

3) Declararde oficio las costas ocasionadas por el recurso formulado por D.ª Victoria imponiendo a D. Pedro Jesús las costas de su recurso

4) Comunicaresta resolución y la que **seguidamente**se dicta al Tribunal, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, 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.

RECURSO CASACION núm.: 5105/2023

Ponente: Excma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 13 de mayo de 2026.

Esta Sala ha visto la causa con origen en las diligencias de Procedimiento Abreviado núm. 323/2018, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Cádiz, seguida por delito continuado de abuso sexual contra los hoy recurrentes en casación **D. Pedro Jesús ,** en condición de acusado, mayor de edad, nacido el NUM002

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

/1958 en Murcia, hijo de Ángel y Elena y **D.ª Victoria ,** en condición de acusación particular, nacida el NUM003 /1999 en Cádiz, el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Cádiz dictó sentencia condenatoria el 19 de febrero de 2021, que fue recurrida en apelación y confirmada por sentencia núm. 57/2023, de fecha 7 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el Recurso de Apelación núm. 100/2022, que ha sido **casada y anulada parcialmente**por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.-Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.-Se dan por reproducidos los fundamentos de derecho segundo y tercero de la sentencia antecedente.

Conforme se expresaba en el fundamento de derecho tercero de la referida sentencia, la apreciación de la agravación contenida en el art. 181.5 en relación con el art. 180.1.4ª CP, determina que la pena de multa contemplada en los citados preceptos deba ser impuesta en extensión de 22 meses y 15 días a 24 meses, imponiéndose en extensión de 23 meses atendiendo a los mismos razonamientos contenidos en la sentencia de instancia.

F A L L O

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

1.- Condenara D. Pedro Jesús , por los hechos cometidos en la persona de D.ª Victoria , como autor de un delito comprendido en los arts. 181.1 y 5 en relación con el art. 180.1.4ª CP, y 74 CP, a la pena de multa de 23 meses con una cuota diaria de 12 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas que resultaren impagadas.

2.- Confirmar,en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia núm. 57/2023 de 7 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el Rollo de Apelación núm. 100/2022.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ