



Roj: **STS 1885/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1885**

Id Cendoj: **28079120012018100232**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2018**

Nº de Recurso: **1166/2017**

Nº de Resolución: **233/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1166/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 233/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 17 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1166/2017, interpuesto por D. Porfirio representado por la Procuradora Dª Dolores Jaraba Rivera bajo la dirección letrada de D. Jesús García Contreras y Dª Regina representada por la procuradora Dª Sonia de la Serna Blázquez bajo la dirección letrada de D. Gorke Vellé Bergado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décimo Quinta, de fecha 13 de febrero de 2017 . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado Mixto número 2 de Parla instruyó Procedimiento Abreviado 407/2012, por delito de abuso sexual contra Porfirio , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección Décimo Quinta dictó en el Rollo de Sala 1370/2016 sentencia en fecha 13 de febrero de 2017 con los siguientes hechos probados:

«Se dirige la acusación contra Porfirio , nacido en Colombia, el día NUM001 de 1969, de 42 años de edad a la fecha de lo sucedido, con NIE NUM002 , en situación de residencia legal en España, teniendo autorización permanente y sin antecedentes penales, en base a los siguientes hechos:

Sobre las 18:00 horas del día 7 de marzo de 2012 la menor Custodia , de 5 años de edad (nacida el NUM003 de 2007), acudió junto con su madre Regina al domicilio donde Porfirio residía con su familia sito en la CALLE000 , portal nº NUM004 , NUM004 NUM005 , de Parla, dada la amistad que les unía al ser compatriotas,



y por haberse ocupado la mujer del acusado habitualmente del cuidado de la niña en los primeros meses de vida de la ésta.

Mientras Regina y la mujer del acusado se encontraban viendo fotografías de Colombia, su país de origen, Porfirio, aprovechando que estaba jugando con la menor, Custodia, se la llevó a otras dependencias de la casa, y con claro ánimo de menoscabar la indemnidad sexual de la pequeña, la besó en la boca, desabrochándole los pantalones vaqueros que vestía, bajándoselos junto con las braguitas, procediendo seguidamente, a lamerle en su zona genital y abrirle los labios mayores de la vagina con las manos, así como a colocarle su miembro viril en dicha parte, sin llegar a introducirle ni la lengua ni el pene en la vía vaginal o anal,

La menor, Custodia, no presenta afectación emocional, si bien tiene dificultades para conciliar el sueño, despertares durante la noche y temor a permanecer sola».

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «Fallamos

Que condenamos a Porfirio como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 3 años y un día de prisión, inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y se le impone la prohibición de aproximarse a Custodia en cualquier lugar donde se encuentre, así como a acercarse a su domicilio, a sus lugares de estudio o trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia no inferior a 1000 metros, y prohibición de comunicarse con ella, por cualquier medio de comunicación, o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, ambas prohibiciones durante un periodo de 5 años.

Se le impondrá al acusado la medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y ejercicio de profesión u oficio que conlleve contacto con menores de edad por un periodo de 3 años.

Deberá indemnizar a la menor en la cantidad de 3.000 euros que se incrementará en los términos del artículo 576 de la LEC, por daños morales, y deberá satisfacer las costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciendo saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuyo recurso deberá interponerse, en su caso, en el plazo de cinco días a contar desde la última notificación».

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por Porfirio y Regina que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Porfirio : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración del artículo 24 de la Constitución, en cuanto que se recoge el derecho fundamental a la presunción de inocencia. SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECrim, por no aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 24.2 de la Constitución y del artículo 21.6 del Código Penal. TERCERO.- Por infracción de Ley al amparo del número 2º del artículo 849 de la LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en los autos que demuestran la equivocación del Juzgador.

B) Regina : PRIMERO.- Por infracción de ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 849. 1º LECrim por vulneración del art. 183. 2 del Código Penal vigente en el momento de los hechos. SEGUNDO: Por infracción de ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 849. 1º LECrim por vulneración del art. 183. 4. a) y d) del Código Penal vigente en el momento de los hechos y del art. 22.6 CP. TERCERO: Por error en la apreciación de la prueba en cuanto a la determinación del daño sufrido a la hora de cuantificar la indemnización procedente. CUARTO: Por quebrantamiento de forma en función de lo contemplado en el art. 851.3 LECrim. por no haberse resuelto todos los puntos que han sido objeto de acusación, especialmente a los referidos a las circunstancias agravantes contenidas en los preceptos mencionados en el motivo segundo.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos de ambos recursos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 26 de abril de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRELIMINAR. 1.** La Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid condenó, en sentencia dictada el 13 de febrero de 2017, a Porfirio como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 3 años y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y se le impone la prohibición de aproximarse a Custodia en cualquier lugar donde se encuentre, así como a acercarse a su domicilio, a sus lugares de estudio o trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1000 metros, y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación, o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, ambas prohibiciones durante un periodo de 5 años.

Se le impondrá al acusado la medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y ejercicio de profesión u oficio que conlleve contacto con menores de edad por un periodo de 3 años.

Deberá indemnizar a la menor en la cantidad de 3.000 euros por daños morales, que se incrementará en los términos del artículo 576 de la LEC, y deberá satisfacer las costas.

**2.** Los **hechos** objeto de condena se resumen en que el acusado, Porfirio, natural de Colombia y de 42 años de edad, en situación de residencia legal en España, el día 7 de marzo de 2012, sobre las 18 horas, cuando la menor de 5 años de edad, Custodia, acudió junto con su madre Regina al domicilio de aquél, sito en la CALLE000, portal nº NUM004, NUM004 NUM005, de Parla, dada la amistad que existía entre las dos familias, mientras Regina y la mujer del acusado se encontraban viendo fotografías de Colombia, su país de origen, Porfirio, aprovechando que estaba jugando con la menor, Custodia, se la llevó a otras dependencias de la casa. Y con claro ánimo de menoscabar la indemnidad sexual de la pequeña, la besó en la boca, le desabrochó los pantalones vaqueros que vestía, se los bajó junto con las braguitas y procedió seguidamente a lamer su zona genital y a abrirla los labios mayores de la vagina con las manos, así como a colocarle su miembro viril en dicha parte, sin llegar a introducirle ni la lengua ni el pene en la cavidad vaginal o anal.

La mujer del acusado se había ocupado habitualmente del cuidado de la niña en los primeros meses de la vida de ésta.

La menor, Custodia, no presenta afectación emocional, si bien tiene dificultades para conciliar el sueño, despertares durante la noche y temor a permanecer sola.

**3.** Contra la referida sentencia recurrieron en casación la defensa del acusado y la acusación particular.

A) *Recurso de Porfirio*

**PRIMERO. 1.** En el **motivo primero** del recurso denuncia la defensa, con sustento procesal en el art. 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Considera el recurrente que la sentencia impugnada ha incurrido en la infracción del referido derecho fundamental, toda vez que, siendo la piedra angular de toda la prueba el testimonio de la víctima, el propio informe pericial psicológico (folio 93) expresa que se encuentran respuestas inconsistentes, que a su vez no describían el mismo curso de eventos, mostrándose la menor sugestionable en ocasiones. De hecho refirió información del tipo: "donde hacen pis los señores me la metió por el chocho", información que entró en contradicción con otras de las que ya disponía. Además, no existen resultados en la exploración médica que confirmen el testimonio de la menor, describiendo dicha situación en un momento en que, según parece, ambos (Custodia y Porfirio) permanecían de pie, aspecto último que atenta contra las leyes de la naturaleza. Y se obtuvieron respuestas que sugieren dudas en cuanto a si existía o no una intencionalidad sexual, así como manifestaciones en donde en ocasiones parecía que la madre conocía previamente dicha situación. Entre las expresiones aisladas de la menor resalta: "me ha besado"; "el hombre malo me tapó la boca"; "me metió la lengua en el chocho"; "yo le empujé con la cabeza (aquí señala su frente) para que me dejara en paz otra vez y todos los días me hacía eso".

En su conclusión última establece el perito que no se puede emitir una valoración acerca de la credibilidad del testimonio de la menor sobre la supuesta situación de abuso sexual denunciada.

De otra parte, señala la defensa que en el informe médico del Hospital Infanta Cristina (folio 21 y 22), emitido a las pocas horas de ocurrir supuestamente los hechos, el médico en su informe sobre la exploración física de la menor manifiesta que no existen hematomas, a nivel genital todo está normal, no hay desgarros, hematomas ni laceraciones, y así lo manifestó en el acto del juicio oral el Médico Forense (f. 18 y ss).

Alega la parte recurrente que en el acto de la vista, la menor, en un alarde de parecer recordarlo todo perfectamente, manifestó: "el hombre le metió el pene por el chocho, la flor, por atrás, etcétera".



Con respecto a las otras pruebas que el Tribunal pudiera considerar concluyentes para considerar desvirtuado la presunción de inocencia, como es la del ADN del acusado que apareció en la ropa interior de la menor, en concreto en las bragas, arguye la defensa que quedó acreditado en el acto del juicio oral que estuvieron jugando a caballito y a pedorretas en la barriga de la menor, por lo que de alguna manera pudiera haber llegado la saliva del acusado a las braguitas de la niña. Por lo demás, los peritos de la policía no describieron en su informe dónde encontraron exactamente la saliva en las braguitas de la menor.

Merced a todo lo anterior, estima la defensa que no se ha desvirtuado la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución con todas las pruebas de cargo que se han presentado contra Porfirio , especialmente si atendemos a los informes médicos, psicológicos y a las evidentes contradicciones de la menor, permaneciendo así serias dudas sobre la veracidad de los hechos por los que ha sido condenado Porfirio .

2. Las alegaciones de la defensa sobre la **presunción de inocencia** nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia pruebas de cargo válidas (desde la perspectiva constitucional y legal) y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 ; y SSTs 544/2015 , 822/2015 , 474/2016 y 948/2016 , entre otras).

Pues bien, según consta en la fundamentación de la sentencia recurrida, el Tribunal dispuso como material probatorio de cargo, en primer lugar, de la declaración de la víctima, Custodia , que contaba con cinco años de edad cuando se perpetraron los hechos y diez años en la vista oral del juicio.

Refiere la Audiencia que la menor declaró en el acto del juicio que el acusado Porfirio la montaba a caballito, lo que no le gustaba. Y en cuanto al episodio del día 7 de marzo de 2012, manifestó que ese día el acusado, cuyo nombre no recordaba, cuando estaba en el baño le metió el pene por el culo y le bajo el pantalón y las bragas, y como no sabía subirse el pantalón se lo dijo a su madre; ese día se lo contó a su madre en casa. Igualmente manifestó a preguntas del Ministerio Fiscal que esto mismo pasó en la habitación de ese señor, que le quitó la ropa, las braguitas y le metió la lengua por la flor y el pene por la flor. Esto no se lo contó a nadie, sólo a su madre el último día.

La Sala ponderó que el testimonio vertido por la víctima era creíble y que no existían razones para pensar que lo expuso alentada por móviles espurios ni por sentimientos de odio o amenaza o venganza, a la vista de la poca relación de la menor con el acusado al que conocía, pero con el que no tenía relación, excepto algunas veces cuando iba con su madre de visita a su domicilio. Sin perjuicio de las dificultades que se pueden presentar desde otros puntos de vista para valorar su testimonio, no vislumbra el Tribunal en la personalidad de la víctima, por su edad, ningún síntoma de fabulación que debilite su testimonio, más allá de cierta falta de precisión en el relato, motivada por su corta edad, y tampoco percibe una alteración psíquica o física que afecte a su capacidad cognitiva y que pueda generar dudas sobre el relato.

En lo que atañe a la verosimilitud del testimonio, afirmó el Tribunal que resulta de la propia narración de lo acontecido, sin perjuicio de la fragmentada declaración de la menor en un momento cercano a los hechos, y del relato que realizó ante la psicóloga (que como perito ha acudido al acto del juicio oral), así como del cambio de algunas circunstancias y de la inconcreción en el tiempo. Considera que ha conformado un relato lógico y coherente, y que en buena medida responde al patrón de una menor de cinco años cuando ocurren los hechos. Declaró en el acto del juicio que el acusado la montaba a caballito, lo que no le gustaba, y referente al episodio que ocurrió el día 7 de marzo de 2012, depuso en los términos descritos supra.

El Tribunal de instancia examinó la grabación efectuada por la psicóloga, y de la misma extrajo que la menor, refiriéndose al "hombre malo", contó que lo que le había hecho era "fatal", que la había besado, le había desabrochado el pantalón, que por donde hacen pis los señores se lo metió en el "chocho", que le abrió el chocho con el dedo y que las manos estaban en el chocho.

La Audiencia afirma que este relato quedó corroborado por el testimonio de la madre, que declaró que cuando se encontraban viendo vídeos y fotografías de su país mientras que el acusado estaba jugando con la menor, en un momento apreció que la niña no estaba y le pareció extraño que apareciera con el pantalón desabrochado y dijera que le dolía "la florecita". Posteriormente, cuando ya estaban en su casa, comprobó que tenía rojeces en la vagina. La testigo relató que la menor le contó que el acusado le había metido la lengua en la boca, y después en "la florecita", que la niña lloraba y le dijo que no quería ir más a su casa. Igualmente la hija le contó



posteriormente que cuando el acusado entró en el baño le puso "con lo que orina el hombre" sobre la florecita, lo que hizo que acudiera a la comisaría a ampliar la denuncia.

Además de este testimonio, destaca la Sala de instancia como dato que refuerza la versión acusatoria el hallazgo de ADN, compatible con el perfil genético del acusado, en restos celulares evidenciados en seis manchas (correspondientes a sudor o saliva, descartando semen) en la camiseta y braga (cinco manchas) que la menor llevaba el día de los hechos, recogida como muestra por la policía científica mediante el protocolo correspondiente para la preservación de muestras biológicas (a los folios 82, 83, 84 y 85 de la causa, y debidamente ratificada por los funcionarios que realizaron el análisis y cotejo pertinente).

Por último, consta la ratificación del informe psicológico practicado a la menor, en el que se concluye que, sin perjuicio de no poder emitir una valoración acerca de la credibilidad de su testimonio por la imposibilidad de obtener un relato libre como requiere la técnica, esto no implica que el supuesto abuso sexual no haya ocurrido o sea falso.

De otra parte, razona también el Tribunal sentenciador el parámetro de la persistencia en la incriminación, exponiendo que no existen contradicciones, en cuanto al relato del núcleo de las acciones sexuales desplegadas, entre lo relatado a la madre y a la psicóloga (grabación que ha examinado la Audiencia, y cuyo acto no fue impugnado por la defensa) y lo manifestado en el acto del juicio oral, visto el tiempo transcurrido; es decir, que el acusado lamió la zona genital de la menor y colocó también su miembro viril en dicha zona corporal. El Tribunal aprecia únicamente una variación en la terminología utilizada por la menor, como culo, chocho, y florecita, que entiende que son para designar su zona genital, lo que no afecta al núcleo de los hechos declarados como probados.

La Audiencia analiza finalmente las negativas de los hechos por parte del acusado y por su esposa, concluyendo que quedan desvirtuadas por el resultado que arroja el informe de ADN emitido por la Unidad Central de Análisis Científicos de la Comisaría General de Policía Científica, en el que figura como resultado la existencia de una mezcla de perfiles genéticos en las muestras 02.03, 02.04, y 02.06 (bragas), correspondiendo a la menor y al acusado, evidenciados en manchas acotadas a la luz forense como luminiscencia débil, que descartan la existencia de esperma, pero que son expresivos de fluidos como la saliva, sudor o flujo vaginal, según explicación que los peritos funcionarios de la policía con número de carne profesional NUM006 y técnico NUM007 dieron en el acto del juicio.

El Tribunal remarca en su sentencia que esa prueba objetiva sólo nos puede conducir a que el acusado estuvo en contacto con la menor, no de la manera que él manifiesta, sino de una forma más íntima, dada la existencia en las bragas de su perfil genético (sudor o saliva), dato que fue especificado en el plenario por los peritos. Ello no puede explicarse con los hipotéticos juegos de "pedorretas" en el ombligo. Pues advierte la Audiencia que la niña cuando el acusado jugaba con ella llevaba bragas, mallas y pantalón vaquero, con lo que los restos biológicos (celulares) del recurrente, deberían haberse encontrado en estas dos últimas prendas, mallas y pantalón, que eran en buena lógica las que estaban en contacto directo con el acusado durante esos juegos, pero no en la parte interna de las bragas, en la felpa, que fue donde las ubicaron los peritos en sus aclaraciones del plenario.

Todo ello sólo tiene como explicación, según subraya la sentencia, que el acusado lamiera los genitales de la menor, dato coincidente con la declaración de ésta. De modo que la contaminación por el mero contacto debido a los juegos inocuos que describió el acusado no se considera factible, a no ser que la víctima fuera despojada del pantalón y las mallas.

Por todo lo cual, debe concluirse, tal como señala la Audiencia, que el tribunal sentenciador dispuso de suficiente prueba de cargo, legítimamente obtenida y respetuosa en su práctica con los principios de publicidad, oralidad, contradicción e inmediatez, que valorada de acuerdo a pautas de lógica y de experiencia es suficiente para considerar que el acusado abusó sexualmente de la víctima, estimándose así enervada la presunción de inocencia.

El motivo por tanto se desestima.

**SEGUNDO . 1.** En el **segundo motivo** del recurso, y por el cauce procesal del art. 849.1º LECrim ., reivindica el recurrente la aplicación de la atenuante de **dilaciones indebidas** del artículo 24.2 de la Constitución y del artículo 21.6º del Código Penal

La parte recurrente comienza sus alegaciones reconociendo que la atenuante de dilaciones indebidas no la postuló ante la Audiencia Provincial, ni en su escrito de calificación ni en la vista oral del juicio, por lo que la propone ahora *ex novo* en casación.





Para sostenerla argumenta que desde que ocurrieron los hechos, el 7 de marzo de 2012, hasta la celebración de la vista y la fecha de la sentencia han transcurrido cinco años menos un mes, para un procedimiento que en principio no debe tener gran complejidad en su instrucción, por lo que dado el tiempo transcurrido el tribunal *ex officio* debió aplicar la atenuante de dilaciones indebidas, por el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos hasta que se ha dictado sentencia. Por todo lo cual, considera que se debe aplicar la pena inferior en uno o dos grados.

2. La "**dilación indebida**" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta *prestacional* -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y *reaccional* -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado ( SSTEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España ; 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España ; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España ; SSTC 237/2001 , 177/2004 , 153/2005 y 38/2008 ; y SSTs 1733/2003, de 27-12 ; 858/2004, de 1-7 ; 1293/2005, de 9-11 ; 535/2006, de 3-5 ; 705/2006, de 28-6 ; 892/2008, de 26-12 ; 40/2009, de 28-1 ; 202/2009, de 3-3 ; 271/2010, de 30-3 ; 470/2010, de 20-5 ; y 484/2012, de 12-6 , entre otras).

También tiene establecido esta Sala que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2 . En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia ( SSTs 91/2010, de 15-2 ; 269/2010, de 30-3 ; 338/2010, de 16-4 ; 877/2011, de 21-7 ; y 207/2012, de 12-3 ).

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva ( SSTC 177/2004 y 153/2005 ). Por lo tanto, esa pérdida de derechos derivada del menoscabo del derecho fundamental debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues esta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no comporta, por lo tanto, que disminuya o se extinga ( SSTs 987/2011, de 15-10 ; 330/2012, de 14-5 ; y 484/2012, de 12-6 ).

Y en cuanto a las causas del retraso a ponderar para la aplicación de la atenuante, la jurisprudencia ha señalado que "ni las deficiencias organizativas ni el exceso de trabajo pueden justificar, frente al perjudicado, una dilación indebida" ( SSTs 1086/2007 ; 912/2010 ; y 1264/2011 , entre otras; STEDH 20-3-2012, caso Serrano Contreras c. España ).

Por último, y en lo que concierne al cómputo del plazo razonable, comienza a correr cuando una persona es imputada formalmente y finaliza con la sentencia que pone fin a la causa ( SSTEDH de 17 de diciembre de 2004, caso Pedersen y Baadsagaard c. Dinamarca ; 13 de noviembre de 2008, caso Ommer c. Alemania ; y 11



de febrero de 2010, caso Malet c. Francia ; y SSTs 106/2009, de 4-2 ; 326/2012, de 26-4 ; 440/2012, de 25-5 ; y 70/2013, de 21-1 ).

Actualmente, la reforma del C. Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, regula como nueva atenuante en el art. 21.6<sup>a</sup> las dilaciones indebidas en los siguientes términos: " *La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa* ".

Por consiguiente, el nuevo texto legal, según ha advertido la doctrina, coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues aunque también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante.

**3.** Al descender ya al **caso enjuiciado** , se aprecia en primer lugar que el Tribunal de instancia dictó la sentencia recurrida casi cinco años después de que se iniciara la tramitación de la causa penal. Ese plazo se considera excesivo al ponderar la escasa complejidad de la causa y el número de diligencias que fue necesario practicar en la fase de instrucción y de juicio oral, pues la prueba testifical no fue copiosa y la pericial tampoco fue compleja. Por lo cual, se trata de un procedimiento en que el plazo de duración se considera irrazonable.

Ahora bien, tampoco puede afirmarse que se trate de un periodo de tiempo super-extraordinario que justifique de por sí la aplicación de la atenuante como muy cualificada, como pretende *de facto* la parte recurrente al solicitar la reducción de la pena en uno o dos grados.

De otra parte, y en lo que atañe al concepto estricto de dilaciones indebidas, no se alega en el escrito de recurso ningún periodo de paralización que permita hablar en concreto de una dilación indebida como supuesto específico que justifique la apreciación de la atenuante.

Así las cosas, debe acogerse la circunstancia atenuante en su modalidad ordinaria o básica ( art. 21.6<sup>a</sup> del C. Penal ), con los efectos que se precisarán en la segunda sentencia.

Se estima, en consecuencia, el segundo motivo.

**TERCERO. 1.** En el **motivo tercero** se invoca, al amparo del número 2º del artículo 849 de la LECrim ., la existencia de error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en los autos que demuestran la equivocación del Juzgador.

La parte señala como documentos a efectos de constatar el error el informe del Médico Forense (f. 18), el parte de lesiones del Hospital Infanta Cristina (f. 21) y el informe pericial psicológico (f. 81). Según refiere, en los dos primeros no se constatan lesiones de tipo sexual ni de otra clase, y en el informe psicológico, no sólo no se descarta que la niña esté inducida sin intencionalidad, sino que no tiene afección emocional por los hechos ocurridos, y concluye que no se puede emitir una valoración acerca de la credibilidad del testimonio de la menor sobre la supuesta situación de abuso sexual denunciada.

**2.** Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación ( **art. 849.2º LECrim** ), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, evidencia que ha de basarse en el propio poder demostrativo directo del documento (lo que algunas sentencias califican como a autosuficiencia o literosuficiencia del documento); es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida ( SSTs de 1653/2002, de 14-10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; 207/2012, de 12-3 ; 474/2016, de 2-6 ; y 883/2016, de 23-11 , entre otras).

La aplicación al presente caso de las pautas jurisprudenciales que se acaban de exponer determina la inviabilidad de la pretensión de la defensa del acusado.

En primer lugar, porque no estamos ante pruebas documentales sino ante pruebas periciales documentadas. Y a este respecto, esta Sala sólo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamento de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación



( art. 849.2º LECr .). En concreto la admite en los supuestos en que, existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario. Y también cuando, contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable ( SSTS 168/2008, de 29-4 ; 755/2008, de 26-11 ; 703/2010, de 15-7 ; 251/2013, de 20-3 ; y 48/2013, de 5-6 , entre otras).

Al margen de lo anterior, aquí las periciales documentadas, a tenor de lo que se ha argumentado extensamente en el fundamento primero de esta sentencia, no albergan de por sí un contenido que desvirtúe la prueba de cargo que obra en la causa, sino que en muchos aspectos la refrendan. Y desde luego los dictámenes y partes médicos que se reseñan en el recurso no devalúan en modo alguno la importante prueba testifical de cargo que se ha reseñado *supra* , y mucho menos una vez que ésta se pone en relación con los datos obrantes en la pericia de ADN.

Así las cosas, el motivo ha de rechazarse, pero se estima el recurso, en virtud de lo razonado en el fundamento segundo, declarando de oficio las costas de esta instancia ( art.901 LECrim ).

#### B) Recurso de Regina

**CUARTO . 1.** Razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y también de claridad en la exposición nos llevan a reordenar los motivos del recurso a los efectos de su examen en esta instancia. De modo que se comenzará por los que atañen al quebrantamiento de forma, para proseguir después, en caso de que procediera, por los que corresponden al apartado probatorio de la sentencia y por las cuestiones de derecho penal sustantivo que se suscitan.

Comenzaremos, pues, por el **cuarto motivo** , interpuesto por quebrantamiento de forma en función de lo contemplado en el art. 851.3 LECrim por no haberse resuelto todos los puntos que han sido objeto de acusación, especialmente a los referidos a las circunstancias agravatorias contenidas en los preceptos mencionados en el motivo segundo.

Señala la acusación particular que tanto en el escrito de calificación provisional como en la fase de conclusiones que se produce en el seno del acto del juicio oral, solicitó la aplicación de determinadas circunstancias agravantes: las contenidas en los apartados a ) y d) del art. 183.4 CP vigente en el momento de los hechos, que considera totalmente plausibles en consideración de los hechos declarados probados. Sin embargo, la sentencia recurrida adolece del defecto formal de la incongruencia omisiva en tanto en cuanto no se pronuncia en momento alguno sobre las mencionadas circunstancias.

Sobre este particular, recuerda la parte que el art. 901 bis a) de la LECrim prevé que, en el caso de estimarse la comisión del quebrantamiento de forma planteado en el recurso, se ordenará la devolución de la causa al Tribunal procedente, reponiéndose la causa en el estado previo a la comisión de la falta, para que éste la sustancie y termine con arreglo a derecho.

No obstante, entiende la acusación particular que no es necesario proceder a la remisión de la causa al Tribunal de instancia conforme al art. 901 bis a) LECrim , como consecuencia de la capacidad de subsanación de dicho defecto por el Tribunal de Casación, ya que, de prosperar el motivo segundo de casación del presente recurso, la remisión sería totalmente improcedente toda vez que el quebrantamiento de forma quedaría subsanado; habiéndose admitido tal posibilidad de subsanación por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 27-12-88 , 27-02-89 , 22-02- 94 y 6-05-1997 ).

Como pretensión subsidiaria, en caso de desestimación de los motivos previos, considera la parte la necesidad de actuar conforme al art. 901 bis a) LECrim y remitir al Tribunal de instancia la causa con objeto de que resuelva de nuevo con arreglo a derecho, contemplando la totalidad de las alegaciones vertidas en el seno del proceso que no fueron resueltas en la sentencia; todo ello como consecuencia de la imposibilidad de subsanación por parte del Tribunal de casación de la incongruencia omisiva en el caso de desestimación del motivo casacional segundo [Infracción de Ley por Inaplicación de las circunstancias agravantes previstas en los apartados c ) y d) del art. 183.4 CP vigente en el momento de los hechos].

**2.** La sentencia recurrida no contiene, en efecto, respuesta alguna a la calificación provisional y definitiva de la acusación particular en lo que se refiere a la solicitud de aplicación de los **subtipos agravados** previstos en los apartados a ) y c) del art. 183.4 CP . A este respecto, conviene sin embargo dejar claro que en su calificación jurídica la acusación particular no hace referencia al subtipo agravado del apartado d) como erróneamente se afirma en el recurso, sino del apartado c) del art. 183.4 del C. Penal .





Aclarado lo anterior, es importante también remarcar ahora, tal como arguye el Ministerio Fiscal en el trámite de alegaciones al recurso, que la acusación particular tampoco interesó que se solventaran las omisiones que ahora denuncia por el cauce previsto en el art. 267.5 de la LOPJ .

En efecto, según la jurisprudencia de esta Sala la aplicación del art. 851.3º de la LECrim debe tener un carácter subsidiario con respecto a los recursos de aclaración que prevé el art. 267.5 de la LOPJ . De modo que han de resolverse, en principio, las posibles incongruencias omisivas en la fase de instancia, solventando así con una mayor premiosidad los defectos procesales de una sentencia con el fin de evitar innecesarias dilaciones y aminorar los costes procesales de la Administración de Justicia, al mismo tiempo que se refuerza la naturaleza extraordinaria del recurso de casación.

A este respecto, este Tribunal tiene establecido que conviene tener presente la incidencia que, en la reivindicación casacional del defecto de quebrantamiento de forma previsto en el art. 851.3º de la LECr ., puede llegar a tener la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que ha ensanchado la funcionalidad histórica asociada al recurso de aclaración de sentencia ( SSTS 933/2010, de 27-10 ; 1094/2010, de 10-12 ; y 545/2012, de 22-6 , entre otras).

El apartado 5 del art. 267 de la LOPJ dispone que «si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla».

Al trasladar al **caso concreto** los criterios jurisprudenciales precedentes -y sin perjuicio de lo que se especifique en su momento al examinar el motivo tercero- se comprueba que la defensa del acusado no solicitó en el trámite de aclaración de sentencia que se complementara la recurrida con nuevos argumentos que respondiera a algún punto que quedara sin resolver, ni se quejó tampoco de que se hubiera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por no habersele dado respuesta a alguna de las tesis nucleares que formuló en su escrito de recurso. Y en concreto, en lo concerniente a que se dejaran sin responder las pretensiones de la acusación particular relativas a la aplicación de los subtipos agravados recogidos en el art. 183 del C. Penal , que constaban en la calificación provisional y definitiva de la parte recurrente.

Esta doctrina jurisprudencial sobre la operatividad del art. 267.5 de la LOPJ en los casos de incongruencias omisivas no debe aplicarse con un carácter excesivamente estricto y riguroso que restrinja en exceso el derecho al recurso, debiendo ponderar el Tribunal las circunstancias de cada caso particular en que se suscite la cuestión. Sin embargo, en el supuesto que aquí se contempla sí que ha de aplicarse el referido precepto dadas las circunstancias singulares que concurren en el procedimiento.

Nos referimos con ello a que la acusación particular, si bien interesó en su escrito de conclusiones provisionales la aplicación de los subtipos agravados que prevén los apartados a ) y c) del art. 183.4 del C. Penal , elevando incluso a definitiva esa calificación, lo cierto es que el visionado de la grabación de la vista oral del juicio permite comprobar que la aplicación de esos subtipos agravados en ningún caso fue objeto del debate en la vista oral. De modo que el letrado de la acusación particular no dedicó argumento alguno a esa materia en el curso del informe del juicio, limitándose únicamente a elevar las conclusiones a definitivas y a informar sobre la prueba practicada.

Centró, pues, su discurso en analizar diferentes cuestiones probatorias pero no orientó en ningún momento el debate hacia los subtipos agravados. De ahí que la defensa, cuando le contestó en su informe oral, tampoco destinara ni una sola frase a replicar sobre la inaplicación de los apartados a ) y c) del art. 183.4 CP , que habían quedado pues fuera del foco del debate, sin que se conocieran las razones que albergaba la acusación particular para solicitar su aplicación, ni tampoco qué extremos en concreto de esos apartados debieran operar en este caso.

Tales omisiones concuerdan también con el hecho significativo de que la sentencia recurrida no recogiera en sus antecedentes la solicitud de que se aplicaran los referidos subtipos agravados, limitándose a transcribir la petición de que se aplicara la agravante de abuso de confianza ( art. 22.6ª del C. Penal ).

Por consiguiente, se está ante un supuesto en que se halla debidamente justificada la aplicación del art. 267.5 de la LOPJ , de modo que no procede anular la sentencia para que la Audiencia complemente su resolución con respecto a puntos concretos que ni siquiera se debatieron en la vista oral del juicio. Y tampoco cabe que esta Sala los trate ahora directamente como si fuera una primera instancia que pudiera imponer un subtipo agravado de forma directa sin posibilidad de recurso.

Se desestima, pues, este motivo de impugnación.



**QUINTO. 1.** En el **primer motivo** del recurso, y por el cauce de la infracción de ley previsto en el art. 849. 1º LECrim , se denuncia la vulneración del **art. 183. 2** del Código Penal vigente en el momento de los hechos.

Alega la parte recurrente que el art. 183.2 CP dispone lo siguiente: "Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión".

Objeta la parte que en la sentencia aquí recurrida, en su fundamento jurídico segundo, se responda que la Sala entiende que los hechos son constitutivos de un delito de abuso sexual del artículo 183.1 del Código Penal en su redacción anterior a la LO 1/2015 de 30 de marzo. Y ello es así porque ese precepto concreto contempla el ataque a la libertad sexual cuando no se emplea por el agente alguna clase de violencia o intimidación.

Tras la breve y escueta exposición que se acaba de referir, se queja la parte de que en la sentencia no se hace ulterior argumentación o mención de los extremos por los que se considera que en los hechos no existió violencia o intimidación alguna, subsumiendo única y exclusivamente los hechos que se le imputaban al acusado en el art. 183.1 CP : «El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años».

Aduce también que la aplicación del apartado 1 del art. 183 que se hace en la sentencia es improcedente. Pues en ningún momento queda argumentado o explicado cómo, en una situación fáctica como la que se examina, en la que un hombre de 42 años de edad abusa sexualmente de una menor de 5 años de edad, se puede realizar tal conducta sin incurrir en violencia o intimidación.

La acusación particular discrepa de la sentencia porque de ella se deriva que la víctima en ningún momento opuso resistencia, llegando a pensar que se trata de un acto "permitido" tácitamente por ella, algo totalmente alejado de la realidad acreditada en el expediente judicial. Resulta de difícil comprensión, según la recurrente, que los hechos se llevasen a cabo sin mediar ningún tipo de violencia o intimidación.

Más bien al contrario, de las declaraciones que la menor efectuó en el acto del juicio, se desprendería que el acusado en el momento de los hechos le indicó a la víctima que en ningún momento le contase lo que estaba pasando a su madre ya que sería castigada, reiterándose en la amenaza tras finalizar su conducta delictiva. Junto a ello, de su declaración también debiera entenderse que durante el transcurso de los hechos, la menor intentó apartarse debido a los nervios y sentimiento de zozobra que le generaba la situación, haciendo uso el acusado de su fuerza para evitar que la menor se zafase y procediese a hacer lo que él pretendía.

Estima, pues, la impugnante que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de abuso sexual a una menor de 5 años en el cual medió violencia e intimidación, contemplado en el art. 183.2 CP vigente en el momento de los hechos, castigado con penas de prisión de 5 a 10 años.

Por lo expuesto, considera la parte que ha de casarse la sentencia recurrida, procediendo a dictar resolución en la que se contemple la existencia de violencia e intimidación y se condene al acusado por la comisión del delito contemplado en el art. 183.2 CP vigente en el momento de los hechos.

**2.** Pues bien, **respondiendo a las alegaciones** de la acusación particular, lo primero que conviene advertir es que en sus calificaciones provisional y definitiva en ningún momento imputó la parte al acusado una relación sexual con violencia o intimidación como la que se prevé en el art. 183.2 del C. Penal , sino que le atribuyó un abuso sexual del art. 183.1, coincidiendo en este punto con la calificación formulada por el Ministerio Fiscal. Visto lo cual, carece de legitimidad para solicitar *ex novo* en casación un tipo penal que no había sido objeto de acusación en su escrito de calificación.

De otro lado, y si bien lo expuesto ya sería suficiente para desestimar el motivo, debe también recordarse que la acusación particular encauza su motivo de impugnación por la vía del art. 849.1º de la LECrim , es decir, por la infracción de ley. Ello impone, tal como tiene reiterado esta Sala en múltiples sentencias, que se respeten en su integridad los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, de modo que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de la narración fáctica desencadena la inadmisión del motivo ( art. 884.3 de LECr .) y en trámite de sentencia su desestimación ( SSTS 283/2002, de 12-2 ; 892/2007, de 29-10 ; 373/2008, de 24-6 ; 89/2008, de 11-2 ; 114/2009, de 11-2 ; y 384/2012, de 4-5 , entre otras muchas).

Pues bien, la lectura de los hechos declarados probados no revela que se hayan practicado actos de violencia o intimidación contra la menor, circunstancia que impide realizar el juicio de tipicidad que postula la parte impugnante.

Ésta hace referencias a la diferencia física y a algunos datos que se recogen en las diligencias, como la presión física del acusado con la cabeza sobre el cuerpo de la niña, y también a alguna frase que considera



intimidatoria. Sin embargo, lo cierto es que esos hechos no se describen en la premisa fáctica de la sentencia cuestionada, premisa que en este momento procesal resulta inamovible, a tenor del cauce procesal utilizado.

Por lo demás, la existencia de violencia o de intimidación no va implícita o resulta inherente a cualquier conducta de abuso sexual de un mayor de edad sobre una menor de 13 años, tal como se sugiere en el escrito de recurso. Pues de ser así, carecería de sentido que el art. 183 del C. Penal distinga a los efectos punitivos entre relaciones sexuales de personas mayores de edad con menores de trece años en las que se utiliza violencia o intimidación y otras en las que no concurre violencia o intimidación, con unas penas asignadas a cada uno de los supuestos claramente dispares en su cuantía.

Así pues, por todo lo expuesto el motivo deviene inatendible.

**SEXTO . 1.** En el **motivo segundo** , tal como ya se anticipó en el fundamento primero de esta sentencia, con sustento procesal en el art. 849. 1º LECrim , se reivindica la aplicación de los subtipos agravados del art. 183. 4 a ) y d) del Código Penal , vigente en el momento de los hechos, y también de la agravante de abuso de confianza prevista en el art. 22.6 CP .

Una vez que ya han sido examinadas y dirimidas las cuestiones procesales que suscitaban la aplicación de los subtipos agravados, damos ahora por reproducido lo que se afirmó y resolvió en el fundamento primero de esta sentencia. Nos limitaremos por tanto a examinar la pretensión de que se aprecie la agravante de abuso de confianza ( art. 22.6ª del C. Penal ), circunstancia que había sido también solicitada por el Ministerio Fiscal.

Sobre ese particular la sentencia recurrida arguye que no debe apreciarse tal circunstancia habida cuenta de que los hechos declarados como probados se produjeron cuando la madre estaba de visita en el domicilio del acusado.

Frente a ello contrapone la acusación particular que el concepto de "confianza" utilizado por el código se extiende, como así lo ha reconocido la jurisprudencia, a la familiaridad de trato; es decir, que el sujeto activo aprovecha la cercanía que tiene con la víctima para cometer el delito. Se exige, por tanto, que exista una relación de confianza o de familiaridad en el trato y que se abuse de ella, faltando el autor del hecho a los deberes de lealtad y fidelidad. Esta relación hace que el sujeto ejecute el hecho con más facilidad y éxito, lo que comporta un plus de culpabilidad.

Aduce la parte que la doctrina jurisprudencial considera como criterio pacífico que el abuso de confianza exige, como circunstancia agravante, una relación especial subjetiva y anímica entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas, nacidas de diversas motivaciones, bien sean relaciones laborales, amistosas, convivencia de vecindad, razones familiares o cualquier otra, que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza. La agravante requiere además que el autor se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo. Y esa confianza ultrajada se manifiesta como un plus de culpabilidad, al revelar una mayor perversión en la ejecución de unos actos constitutivos de unos delitos que no llevan implícita, como sucede en los apreciados en este caso, esa relación en cuanto la confianza no es elemento esencial o constitutivo de los delitos de agresión sexual y detención ilegal.

Alega también la perjudicada que aquí se da esa situación concreta, dada la relación previa de amistad entre ambas familias, lo que facilita una mayor posibilidad de ejecución del acto delictivo por el que ha sido condenado el acusado. Sin que se excluya su aplicación por el mero hecho de que la madre estuviera próxima a la hija cuando los hechos se estaban produciendo, ya que fueron cometidos en un lugar apartado de la casa, sea un elemento decisivo para la apreciación de esta agravante. Muy al contrario, considera que la presencia de la madre en la casa fundamenta claramente la existencia de una relación de confianza entre el acusado y su pareja con la madre de la víctima, así como con la propia víctima.

**2.** El supuesto presenta cierta similitud con el que contempla la sentencia 739/2015, de 20 de noviembre . En ella la Audiencia había considerado probado que el acusado se aprovechó de la confianza existente, después de relatar la estrecha relación del mismo con la familia de la víctima, para realizar en diversas ocasiones los hechos calificados como delito de abuso sexual de un menor de 13 años. Por lo tanto, se valoró una circunstancia ajena a la edad, que por sí sola justificaría la aplicación del tipo básico.

Se reseñaba en esa sentencia que el Capítulo II bis del Título VIII CP , que lleva como rúbrica general "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales ", fue introducido por la reforma de la L.O. 5/2010 , vigente desde el 24 de diciembre del mismo año. El apartado primero del artículo 183 castiga al que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años, para subrayar la especial protección que el legislador otorga a los mismos, es decir, el bien jurídico protegido no es ya la libertad sexual sino la indemnidad de los menores de dicha edad. Ello es consecuencia de que aquél parte de la incapacidad de los menores de 13 años



para consentir y ejercer el derecho a la libertad sexual. ...Por otra parte, el artículo 183 vigente no se remite sin más a los subtipos agravados contenidos en el artículo 180 CP, dentro del capítulo de las agresiones sexuales, sino que establece su propia relación de circunstancias agravantes, aun cuando en gran parte sean coincidentes.

Pues bien, en el caso que ahora se examina no se ha apreciado el prevalimiento o abuso de superioridad previsto en el art. 183.4 a) por las razones procesales que se expusieron en el fundamento primero, sino el tipo básico del art. 183.1. Por lo cual, aquí no se infringe el principio *non bis in ídem* en el caso de que se aprecie la circunstancia agravante de abuso de confianza que se postuló en la instancia y que denegó la sentencia recurrida. Y desde luego no cabe cuestionar que concurría una estrecha relación y confianza entre la menor y su madre con el acusado.

En primer lugar, por la relación que existía entre ambas familias. Y en segundo término, porque la esposa del acusado se hizo cargo en numerosas ocasiones del cuidado de la niña en los primeros años de su vida, según se especifica en los hechos declarados probados.

Así pues, al no aplicarse ningún subtipo agravado que pudiera generar un *bis in ídem* como obstáculo para apreciar la agravante de abuso de confianza, es claro que aquí sí opera ésta como un añadido de antijuricidad que justifica la aplicación del art. 22.6ª del C. Penal. La respuesta en el caso debe ser estimatoria, por cuanto las estrechas relaciones con la familia de la víctima determinaron una relación de confianza de la víctima con el acusado, que aprovechó tal circunstancia para cometer el delito mientras que la madre de la menor estaba distraída en una dependencia diferente del inmueble observando unas fotos en compañía de la esposa del acusado.

Se estima, pues, este submotivo del recurso y se aplica por tanto al caso la agravante de abuso de confianza.

**SÉPTIMO . 1.** En el **motivo tercero**, alega la parte recurrente la existencia de error en la apreciación de la prueba en cuanto a la determinación del daño sufrido a la hora de **cuantificar la indemnización** procedente, sin que se consigne precepto procesal alguno.

La parte recurrente considera que existe flagrante "error en la apreciación de la prueba" a la hora de determinar la cantidad económica con base en el informe del CIASI y en el dictamen psicológico del Equipo Psicosocial del Tribunal de Justicia de Madrid, ambos emitidos en 2013, hace cuatro años, por lo que únicamente se contempla el estado de la víctima en dicho año.

En consecuencia, estima que el estado de la víctima posterior a dichos informes no ha sido tenido en cuenta, obviándose el desarrollo de las consecuencias que tuvieron los hechos sobre la víctima.

Pues bien, aunque es cierto que de dichos informes se induce un aparente estado de mejora, lo cierto es que con el transcurso del tiempo, tal y como se desprende de la declaración de sus padres tras la práctica de la prueba testifical, dicho estado de mejora y aparente evolución favorable se han diluido. Esto se desprende de las declaraciones realizadas por Regina y por Pedro Miguel, los cuales preguntados por el estado actual de su hija afirmaron que desde la fecha de los hechos su hija viene sufriendo problemas de confianza y de aceptación de la presencia cercana de hombres o de chicos, llegando inclusive a aislarse en la escuela por este motivo.

Además, declararon también que a día de hoy Custodia sigue teniendo problemas a la hora de dormir, sufriendo pesadillas y siendo necesario dormir exclusivamente con su madre, debido a que la desconfianza que sufre de todos los hombres le provoca un rechazo a permanecer con su padre (así como con cualquier otro hombre), lo cual impide al núcleo familiar la llevanza de una vida ordinaria y normalizada, ajena a los hechos enjuiciados los cuales ocurrieron hace más de 5 años.

La parte precisa que no pretende un nuevo cálculo de la cantidad determinada en la sentencia, sino que el fin del motivo formulado es resaltar la necesidad de tener en cuenta el real estado de la víctima en la actualidad como consecuencia de los hechos enjuiciados, circunstancia fáctica que ha de ser considerada conjuntamente con lo expuesto por los informes del CIASI y del Equipo Psicosocial, y no obviada debido a la existencia de éstos.

En consecuencia, se solicita que se case parcialmente el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida con objeto de que sean tenidos en cuenta los motivos aquí alegados a la hora de determinar la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito, y se proceda a conceder una nueva indemnización en la que sean contemplados los parámetros de la situación actual de la víctima.

**2.** La parte recurrente interesa, pues, que se modifique en casación la cuantía de la indemnización en virtud de las declaraciones testificales de la vista oral del juicio de los padres de la menor, quienes afirmaron que la sintomatología de la menor empeoró en los últimos años, sin aportar para apoyar sus aserciones informe pericial alguno ni tampoco prueba documental.





Se pretende por tanto la modificación de los hechos declarados probados en la instancia con respecto a las consecuencias del delito sin seguir los mínimos cauces procesales que marca la ley para ello.

En la sentencia se declara acreditado que la menor no presenta afectación emocional, si bien tiene dificultades para conciliar el sueño, despertares durante la noche y temor a permanecer sola, y ahora la parte recurrente interesa que se amplíen las secuelas de la acción delictiva en virtud de lo que han declarado los padres en el plenario.

Es claro que la solicitud de la acusación particular no puede prosperar por razones probatorias obvias.

Se desestima, en consecuencia, este último motivo, si bien se estima parcialmente el recurso en los términos expuestos en el fundamento anterior, con declaración de oficio de las costas de esta instancia ( art. 901 LECrim ).

## FALLO

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

**1º) ESTIMAR PARCIALMENTE LOS RECURSOS DE CASACION** interpuestos por la acusación particular (representación de Regina ) y por el acusado, Porfirio , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quince, de fecha 13 de febrero de 2017 , dictada en la causa seguida por delito de abuso sexual contra menor de 13 años.

**2º)** Se declaran de oficio las costas de esta instancia devengadas por ambos recurrentes.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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.: 1166/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

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 Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 17 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso nº 1166/2017 contra la sentencia de fecha 13 de febrero de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15, en el Rollo de Sala 1370/2016 dimanante del Procedimiento Abreviado 407/2012 del Juzgado Mixto nº 2 de Parla, seguida por delito de abuso sexual contra Porfirio con NIE NUM002 , nacido en Chaparral (Colombia) el NUM001 de 1969, hijo de Leoncio y María Angeles ; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

## ANTECEDENTES DE HECHO



**ÚNICO.**- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, si bien ha de añadirse que entre el inicio del procedimiento penal y la fecha de la sentencia recurrida han transcurrido cinco años menos un mes.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.**- A tenor de lo expuesto en la sentencia de casación, procede aplicar la agravante de abuso de confianza y la atenuante genérica de dilaciones indebidas. En vista de lo cual, y ponderando que en el caso concurre una agravante y una atenuante, procede fijar como nueva pena la de tres años y seis meses de prisión.

A este respecto, se sopesa la mayor intensidad que presenta en el caso la agravante de abuso de confianza con respecto a la atenuante de dilaciones indebidas. Pues la circunstancia agravante, al tratarse de una conducta con respecto a una menor de cinco años en el momento de la ejecución de los hechos, alberga una agravación de la conducta de mayor entidad que la aminoración que en el ámbito de la atenuación aporta la circunstancia de las dilaciones indebidas. Por lo cual, se impone en casación al acusado una pena de tres años y seis meses de prisión, con las mismas penas accesorias y complementarias que se impusieron en la sentencia recurrida.

### FALLO

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

**1º) Modificar la sentencia condenatoria** dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quince, el 13 de febrero de 2017, en el sentido de condenar al acusado, **Porfirio**, por el mismo delito de abuso sexual sobre una menor de 13 años, con la circunstancia **agravante de abuso de confianza y la atenuante genérica de dilaciones indebidas**, a la pena de **tres años y seis meses de prisión**, con las mismas penas accesorias y complementarias que se establecieron en la sentencia recurrida.

**2º) Mantener el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.**

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.

Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia