



Roj: **STS 2368/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2368**

Id Cendoj: **28079120012017100449**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2017**

Nº de Recurso: **2106/2016**

Nº de Resolución: **434/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5117/2015,**  
**STS 2368/2017,**  
**AATS 8486/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 15 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 2106/2016, interpuesto por **D. Hilario** representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Cristina Sarmiento Cuenca, bajo dirección letrada de D. Francesc Muñoz Pujol, contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 2015 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimo Primera. Interviene el Ministerio Fiscal y como parte recurrida D.<sup>a</sup>. Florencia representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Rosario Guijarro de Abia y bajo la dirección letrada de D. Carlos Henao González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Cerdanyola del Vallés tramitó Sumario núm. 2/2014 contra Hilario por delito de abuso sexual; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Vigésimo Primera (Rollo de Sumario núm. 9/14) dictó sentencia en fecha 5 de mayo de 2015 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«ÚNICO.- Se declara probado que el acusado, don Hilario, ciudadano español, mayor de edad (nacido el 16 de octubre de 1937) y sin antecedentes penales, con la finalidad de satisfacer sus instintos sexuales, en numerosas ocasiones en el periodo comprendido entre 2009 y poco antes de mayo de 2011, amparándose en su vinculación y ascendencia afectiva sobre doña Ana María (nacida en fecha NUM000 -2001), en la medida en que doña Ana María era la hija de la compañera sentimental de su hijo don Alfonso, desarrollando el acusado merced a lo anterior un rol similar al de un "abuelo", así como valiéndose de su diferencia de edad y madurez, realizó los siguientes hechos:

En el período anteriormente indicado, casi todas las ocasiones en las que el acusado tenía a su cuidado a doña Ana María y a su hermano don Ángel Jesús, lo que sucedía con mucha frecuencia dada la relación cuasi familiar que mantenía con ellos, aprovechó los momentos en que se quedaba a solas con la menor, bien en su domicilio en la localidad de Badía del Vallés (Barcelona), mientras veían la televisión en el sofá, o con la excusa de ayudarle a hacer los deberes, o incluso cuando le recogía en su automóvil del colegio y convencía a doña Ana María para que se sentara en la posición de copiloto, en aquellos momentos en que se percataba de que nadie les miraba o estaba pendiente de ellos, con un ánimo libidinoso, procedía a introducirle la mano por dentro de la ropa y acariciarle repetidamente la zona genital por encima y debajo de su ropa interior.



En 4 o 5 ocasiones, no pudiendo determinar la concreta fecha de cada una de ellas el acusado además de tocarle en la zona anteriormente indicada introdujo uno de sus dedos en la vagina de la niña, doña Ana María .

En fecha de 9 de septiembre de 2014 doña Ana María continúa en tratamiento psicológico».

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

«Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado, don Hilario , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abusos sexuales a menor de 13 años con introducción por vía vaginal de miembros corporales y prevaliéndose de una relación de superioridad del artículo 183 apartados 1 , 3 y 4.d) del Código Penal en relación de concurso de leyes con el delito continuado de abusos sexuales a menor de 13 años y prevaliéndose de una relación de superioridad del artículo 183.1 y 4.d) del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en forma de atenuante y en la modalidad de dilaciones indebidas del artículo 21.6ª del Código Penal a la pena privativa de libertad en forma de prisión de 10 años y 1 días, así como a la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Igualmente procede imponer al acusado, don Hilario , la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 años, así como la prohibición de aproximarse a doña Ana María , a su domicilio, lugar de estudio o trabajo y cualquier otro que este frecuente, así como prohibición de comunicarse con ella a una distancia mínima de 1000 metros por un plazo de 5 años al de la pena de prisión impuesta.

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado, don Hilario , a indemnizar en la cuantía de 20000.- euros a doña Ana María en concepto de responsabilidad civil más intereses legales.

En materia de costas se hace especial condena a don Hilario ».

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Hilario , teniéndose por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

**Motivo Primero.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haberse vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución cuando garantiza la tutela judicial efectiva y el artículo 24.2 cuando garantiza la presunción de inocencia.

**Motivo Segundo.-** Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haberse aplicado el artículo 183 apartados 1 , 3 y 4. d) del Código Penal en su redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de modificación del Código Penal (vigente a partir de 23 de diciembre de 2010), en lugar de haberse aplicado el artículo 182 apartados 1 y 2 del Código Penal en su redacción anterior dada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de modificación del Código Penal, más favorable al reo y de aplicación por haberse producido los hechos según la Sentencia en diferentes episodios indeterminados producidos en un periodo comprendido entre 2009 y poco antes de mayo 2011.

Asimismo y en directa relación con lo anterior, el motivo se funda en la no aplicación del artículo 2.1 del Código Penal y en la no aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio , apartados 1,2, y 3, por la que entre otros aspectos, siempre se oirá al reo al respecto sin que ello se haya verificado en el presente procedimiento.

**Motivo Tercero.-** Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haberse aplicado el artículo 183 apartados 1 , y 4.d) del Código Penal en su redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de modificación del Código Penal (vigente a partir de 23 de diciembre de 2010), en lugar de haberse aplicado el artículo 181 apartados 1 , 2 y 4 del Código Penal en su redacción anterior dada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de modificación del Código Penal, más favorable al reo y de aplicación por haberse producido los hechos según la Sentencia en diferentes episodios indeterminados producidos en un periodo comprendido entre 2009 y poco antes de mayo 2011.

Asimismo y en directa relación con lo anterior, el motivo se funda en la no aplicación del artículo 2.1 del Código Penal y en la no aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio , apartados 1,2, y 3, por la que entre otros aspectos, siempre se oirá al reo al respecto sin que ello se haya verificado en el presente procedimiento.

**Motivo Cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr ., por vulneración del art. 24.1 CE , derecho a la tutela judicial efectiva, y del art. 120.3 CP , derecho a obtener una



resolución debidamente motivada; y por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por inaplicación del art. 72 CP.

**Motivo Quinto.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr., por vulneración de los arts. 1, 9.3 y 15 CE, cuando garantizan el principio de proporcionalidad, y por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por incorrecta aplicación del art. 48 en relación con el art. 57 ambos del CP.

**Motivo Sexto.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por inaplicación del art. 66.1.2ª en relación con el art. 21.6 ambos del CP, por no aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

**Motivo Séptimo.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, y por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por incorrecta aplicación de los arts. 109 a 116 (excepto 114) CP.

**QUINTO.-** Conferido traslado para instrucción, las parte recurrida impugnó la admisión del recurso y solicitó su desestimación; el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los motivos del recurso interpuesto, en base a las consideraciones expuestas en su informe de fecha 27 de diciembre de 2016; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 7 de junio de 2017.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal del condenado como autor de un delito continuado de abusos sexuales a menor de trece años, con introducción de miembros corporales, en concurso de leyes con un delito continuado de abusos sexuales a menor de trece años, prevaleciendo de una situación de superioridad en ambos casos, siendo la menor hija de la compañera sentimental de su hijo, recurre en casación donde formula un primer motivo por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.1 CE que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y del artículo 24.2 que garantiza el derecho a la presunción de inocencia.

La síntesis del relato de hechos probados, se contrae a que el acusado, amparándose en su ascendencia afectiva sobre la menor Ana María, que era hija de la compañera sentimental de su hijo, y aprovechando las ocasiones en las que la tenía a su cuidado, le introducía la mano por la ropa y le acariciaba, por encima y por debajo de la ropa interior, la zona genital, habiendo llegado en cuatro cinco ocasiones a introducirle los dedos en la vagina.

1. Argumenta el recurrente que el juicio valorativo del Tribunal no ha sido lo suficientemente racional como para desvirtuar la presunción de inocencia, pues la declaración de la menor no puede ser considerada como prueba de cargo suficiente al carecer de corroboración; ya que los testimonios de la madre de la menor, Florencia, y de Alfonso, pareja de ésta e hijo del acusado, fueron de referencia, calificación que también proyecta sobre las manifestaciones de las peritos; mientras que las testigos Leticia, esposa del acusado, y Pilar, hija del acusado, de quienes la menor afirma que presenciaron en una ocasión cada una, sucesos de abusos concretos, negaron que contemplaran tales episodios; y el hermano de la menor, manifestó que la relación de su abuelo con su hermana había sido siempre muy normal.

2. Esta Sala ha sostenido en una reiterada jurisprudencia (STS núm. 475/2016, de 2 de junio), que "el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, de manera que



no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron".

"No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo" (énfasis añadido).

3. También es criterio jurisprudencial reiterado como expone la STS núm. 938/2016, de 15 de diciembre (si bien el énfasis es ahora adicionado) que "**la declaración de la víctima**, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, *puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible*, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada".

"Así lo ha declarado tanto el Tribunal Constitucional ( SSTC. 229/1.991, de 28 de noviembre, 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre ), como esta misma Sala (SSTS núm. 339/2007, de 30 de abril, núm. 187/2012, de 20 de marzo, núm. 688/2012, de 27 de septiembre, núm. 788/2012, de 24 de octubre, núm. 469/2013, de 5 de junio, núm. 553/2014, de 30 de junio, etc.)".

"La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de Casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia".

"Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, *sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración*, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre".

"Estos parámetros consisten en *el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación*".

"Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado".

"La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre".

En concurrente criterio la STS núm. 29/2017, de 25 de enero, expone que la testifical de la víctima, puede ser prueba suficiente para condenar si va revestida de una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio. En ese contexto encaja bien el aludido triple test que establece la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del testigo víctima. No se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar. Eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal". Ni, tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena.

De similar manera en la STS núm. 891/2014, de 23 de diciembre, con cita de la 1168/2001, de 15 de junio, se precisaba que estos parámetros no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (art. 741) y ha de ser racional (art. 717). Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción que, se reitera, la ley exige sea racional; es decir, "esos tres elementos, que viene examinando la doctrina de esta Sala para medir la idoneidad, como prueba de cargo, de la declaración de la víctima de un hecho delictivo (ausencia de motivación espuria, existencia de algún elemento corroborador y persistencia), no son requisitos de validez de tal medio probatorio: no son elementos imprescindibles para que pueda utilizarse esta prueba para condena".



4. La sentencia de instancia, efectivamente sustenta la condena en la declaración de la víctima; entiende el Tribunal que no existen contradicciones en la misma, que la realidad de los contextos, relación similar a la de abuelo-nieta, es reconocida por el propio acusado. Describe las elocuentes y significativas expresiones con que la menor relata los abusos y las situaciones en que se producían; y tras ello expone los elementos de corroboración:

(...) aparece corroborada por fuentes de prueba periféricas como son la declaración de la madre, doña Florencia , y don Alfonso , hijo del acusado y pareja de la madre de la menor, doña Leticia , esposa del acusado. Así, obviamente, ninguno de estos testigos vio los hechos objeto de esta causa directamente pero todos ellos confirman, como reconoce el acusado por otro lado, no solo la realidad de los contextos relatados por la menor en su declaración sino, especialmente, la madre de la menor y quien ejerce la función de padre que es además hijo del acusado, relatan con absoluta verosimilitud el momento en el que la menor le cuenta a su madre los hechos objeto de autos y como ese día llega este último y las encuentra llorando. Así mismo, las periciales de don Tarsila y doña Elsa se ratificaron en el informe obrante a los folios 62 a 65 y realizaron las aclaraciones que los intervinientes estimaron oportunas de donde resulta que "[...] tant per les verbalitzacions de la nena com per la seva actitud (aparent fredor en explicar els fets, la quantitat de detalls que dóna sobre els fets, la qual cosa és indicador que el discurs és creïble i que respon a una situació viscuda, així com els forts sentiments d'angoixa pedr haver-se de trobar a l'avi), valorem que la Ana María ha patit una situació d'abús sexual probable per part del pare del company de la seva mare, el Sr. Hilario ". En el mismo sentido la pericial de los peritos de la EAT Penal con carnet profesional número NUM001 y NUM002 en cuanto refirieron que no percibieron sugestión y que constataron hipervigilancia y miedo al acusado así como malestar emocional al hablar de los hechos, mostrándose la menor ansiosa y con voz temblorosa siendo que su relato era amplio con muchos detalles y con una adecuada ubicación de los episodios en el espacio y tiempo. Por su parte, doña Andrea se ratificó en el informe de los folios 11 a 13 y añadió que relataba múltiples detalles de como sucedieron los hechos sin que su relato se viera influenciado por terceras personas dado que la menor expresaba emociones que no pueden ser inducidas a la vez que mostraba miedo y bloqueo. Igualmente, la Sala ha de tener en cuenta la declaración de la perito psicóloga, doña Andrea , que en el acto del juicio oral precisó que diagnosticó y trató a la menor, doña Ana María , de estrés postraumático que afirmó superado en 2005, hecho del todo punto compatible con el relato de hechos manifestado por la menor.

Valora asimismo, las declaraciones de las testigos, que contradicen parcialmente la declaración de la menor, doña Ana María , que son las de la esposa del acusado, doña Leticia , en cuanto ésta negó que en una ocasión llamara a la menor a la cocina, cuando estaba en la sala con el abuelo, para decirle que si el abuelo le tocaba que no se dejase; y la de la hija del acusado, doña Pilar , en cuanto esta manifestó que nunca vio nada raro entre el acusado y la menor, y preguntada expresamente sobre un episodio en casa del acusado encontrándose la menor en el ordenador respecto al cual, la menor declaró que el acusado le tocaba entre la ropa y que su tía le apartó la mano la testigo, dijo no ser cierto tal episodio; si bien, dada la relación de parentesco existente entre estas testigos y el acusado y el mantenimiento de esas relaciones, la Sala estima su parcialidad y no les da credibilidad.

Para concluir, con razonada motivación, la especial credibilidad de los referidos testimonios de la madre de la menor, Florencia y de su compañero (a la vez hijo del acusado), Hilario .

5. Por ende, precisando previamente la noción de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que en modo alguno se refieren a testimonios directos, pues entonces ya no sería el testimonio del víctima la única prueba, sino elementos acreditativos, como en autos integran diversas testificales y periciales, sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico periférico o relativo al mismo, cuya comprobación contribuye a la verosimilitud del testimonio de la víctima; de conformidad con la jurisprudencia antes citada, sobre la suficiencia de la declaración de la víctima como prueba de cargo y la operatividad de los parámetros que coadyuvan a su valoración, cuando consta que el Tribunal no ha apreciado ánimo espurio en la menor ya que su relación con el acusado era buena; que la declaración de la menor había sido verosímil habiendo precisado los momentos y lugares en que habían sucedido los hechos; y que la menor no había incurrido en contradicciones; median elementos de corroboración, donde si bien Florencia y Hilario fueron testigos de referencia, en cuanto al relato de la menor, pero fueron testigos directos de la situación en la que se encontró la menor como consecuencia de los abusos sufridos, concordantes con los informes periciales que al margen de pronunciarse sobre la credibilidad de la menor, informaron sobre su situación, el padecimiento del estrés postraumático sufrido, que como ha manifestado esa Sala, integran una sintomatología sugerente de la realidad del hecho objeto de prueba y posibilitan que los informes sobre credibilidad alcancen ese efecto corroborador (vd. STS 172/2016, 2 de marzo ).



En definitiva, la valoración que realiza la Audiencia sobre el testimonio de la víctima, se acomoda plenamente a las exigencias jurisprudenciales necesarias para integrar prueba de cargo y resulta homologable por su propia lógica y razonabilidad para desvirtuar la presunción de inocencia.

6. Conjuntamente al quebranto del derecho a la presunción de inocencia, se invoca vulneración de derecho a una tutela judicial efectiva, por lo que conviene precisar, con la sentencia de esta Sala núm. 598/2014, de 23 de julio, que mientras el derecho a la tutela procura la legitimidad de la decisión, en cuanto excluye la abrupta arbitrariedad, en lo que aquí importa, en las razones que el Tribunal expone le determinaron para establecer el presupuesto fáctico y sobre cuya veracidad se muestra convencido, el derecho a la presunción de inocencia atiende más a la vertiente objetiva de la certeza, a cuyos efectos lo relevante es que tales razones sean convincentes para la generalidad. Por eso, mientras el canon exigido por la tutela se circunscribe a un mínimo, atendida la necesidad de conocimiento por los demás de aquellas razones, la presunción de inocencia exige más intensa capacidad de convicción a los argumentos de suerte que puedan ser asumidos, y no solamente conocidos, por todos, más allá de la subjetividad del Tribunal.

De ahí que hayamos expresado que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el caso de la *quaestio facti* se concreta en el derecho a saber del tratamiento dado por el tribunal al material probatorio y del porqué del mismo ( STS 796/2014, de 26 de noviembre ).

Como recuerda la STS núm. 908/2013, de 26 de noviembre, el contenido de dicha garantía constitucional no ampara la mera discrepancia con la retórica argumentadora de la resolución que se impugna. Con tal laxitud el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal abriría la casación a todo el espectro de posibilidades de refutación propias de la más amplia concepción de la apelación.

Consecuentemente, lo antes razonado para afirmar la suficiencia de la prueba de cargo, debidamente motivada para destruir la presunción de inocencia, determina igualmente la ausencia de vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva, pues permite sobradamente conocer el tratamiento dado por el tribunal al material probatorio y las lógicas razones del mismo.

**SEGUNDO.-** El segundo motivo que formula es por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse aplicado el artículo 183 apartados 1, 3 y 4. d) del Código Penal en su redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de modificación del Código Penal (vigente a partir de 23 de diciembre de 2010), en lugar de haberse aplicado el artículo 182 apartados 1 y 2 del Código Penal en su redacción anterior dada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de modificación del Código Penal, más favorable al reo y de aplicación por haberse producido los hechos según la Sentencia en diferentes episodios indeterminados producidos en un periodo comprendido entre 2009 y poco antes de mayo 2011. Y asimismo y en directa relación con lo anterior, por la no aplicación del artículo 2.1 del Código Penal y en la no aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, apartados 1, 2, y 3, por la que entre otros aspectos, siempre se oirá al reo al respecto sin que ello se haya verificado en el presente procedimiento.

El tercer motivo, contiene idéntica formulación, pero ahora referida la segunda de las infracciones continuadas que integran el concurso delictivo objeto de condena, sin introducción de miembros corporales, donde entiende que debió aplicarse en vez del artículo 183 apartados 1, y 4.d) del Código Penal en su redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de modificación del Código Penal (vigente a partir de 23 de diciembre de 2010), el artículo 181 apartados 1, 2 y 4 del Código Penal en su redacción anterior dada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de modificación del Código Penal.

1. Argumenta que en los hechos probados, se afirma que se produjeron "en numerosas ocasiones en el periodo comprendido entre 2009 y poco antes de mayo de 2011", no se especifica cuantos episodios hubo, ni cuándo se produjeron exactamente en el tiempo, por lo que existe la duda de en qué periodo exacto se produjo cada uno de ellos, debiendo suponer que tal vez, todos (o casi todos) se produjeron durante el año 2009 y el 2010. En todo caso y existiendo esta duda sobre la base de los propios Hechos Probados de la Sentencia, cabe entender que se produjeron en el periodo de aplicación del Código Penal más beneficioso para el reo, conforme a lo establecido en los artículos 2.1 del Código Penal cuando establece que no será castigado ningún delito por pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración, y a la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, apartados 1, 2, y 3. Modificación que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

El artículo 182 apartados 1 y 2 del Código Penal en su redacción anterior dada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de modificación del Código Penal, establece una pena de prisión de 4 a 10 años, debiéndose aplicar en su mitad superior por aplicación del apartado segundo, con lo que la pena resultante sería de 7 años y un día a 10 años, a la que habría que aplicar la atenuante de dilaciones indebidas en su modalidad simple o cualificada, en función de la estimación o desestimación del motivo sexto de este recurso. Mientras que el



artículo 181 apartados 1, 2 y 4 del Código Penal en su redacción anterior dada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de modificación del Código Penal, establece una pena de prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses, debiéndose aplicar en su mitad superior por aplicación del apartado cuarto, con lo que la pena resultante sería de 2 años y un día a 3 años, a la que habría que aplicar la atenuante de dilaciones indebidas en su modalidad simple o cualificada, en función de la estimación o desestimación del motivo sexto de este recurso.

Añade que además, se ha vulnerado lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, apartados 1, 2, y 3, por la que siempre se oirá al reo al respecto sin que ello se haya verificado en el presente procedimiento, debiendo solicitar otra vez al respecto, que lo procedente es que se retrotraigan las actuaciones al momento de la vista, para dar cumplimiento a dicha Disposición y preguntar al reo que legislación entiende que le es más favorable, o en su caso, se formalice dicho trámite antes de resolver el presente recurso para solventarlo.

2. Por su parte el Ministerio Fiscal, respecto a si debía entenderse que los hechos objeto de enjuiciamiento se produjeron con anterioridad al día 23 de diciembre de 2010 y por ende resultaría aplicable la normativa vigente con anterioridad a la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 por ser más beneficiosa, informa que deben distinguirse los dos tipos de hechos imputados al acusado. En primer lugar, respecto de los hechos de abusos sin acceso carnal, la sentencia declara probado que tuvieron lugar en numerosas ocasiones en el periodo comprendido entre 2009 y "poco antes de mayo de 2011". Se trata por lo tanto de un delito continuado, figura que la jurisprudencia considera aplicable a los supuestos de agresiones sexuales en los que no es fácil individualizar suficientemente con sus datos precisos de lugar, fecha y características precisas cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo ( SSTS 609/2013, 10 de julio ; 964/2013, 17 de diciembre ; 911/2016, 1 de diciembre ). Y, a efectos de consumación ( art. 132.1 CP ), hay que considerar, atendiendo a la concreción temporal efectuada en la sentencia, y aunque no se individualicen las fechas de cada hecho, que la situación se prolongó hasta "poco antes de mayo de 2011", sin que pueda retrotraerse, como se pretende en el recurso, a diciembre de 2010. Por lo tanto, para el delito continuado de abusos sexuales sin acceso carnal procede aplicar la normativa vigente tras la reforma del Código Penal por la LO 5/2010.

En segundo lugar, respecto de los hechos de abusos con acceso carnal, la sentencia declara probado que tuvieron lugar en cuatro o cinco ocasiones, no pudiendo determinar la concreta fecha de cada una de ellas. Partiendo de ese relato, y en aplicación del principio in dubio pro reo, deberá de considerarse que esos episodios se produjeron con anterioridad al día 22 de diciembre de 2010, y, en consecuencia que la normativa aplicable es la vigente con anterioridad a la reforma del Código Penal por la LO 5/2010. Y recuerda que el Ministerio Fiscal en su conclusiones interesó la aplicación de los preceptos del Código Penal según la redacción de la LO 15/2003.

Sin embargo, indica, en este extremo coincidente con la acusación particular, que esas precisiones sobre la normativa aplicable, no implican que deba rectificarse la pena impuesta en la sentencia recurrida, pues la pena impuesta se encontraba dentro del arco punitivo correspondiente al delito imputado, de modo que no ha existido un perjuicio punitivo para el recurrente que tenga que ser reparado en este trámite casacional.

3. En realidad, no se da tal concurso de normas, sino que todas las infracciones integran un solo continuum de abusos sexuales. Como recuerda la STS 23/2017, de 24 de enero, "el art 74 CP establece que el autor de una pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuado con la pena señalada para la infracción más grave, por lo que, en todo caso, el Tribunal actúa correctamente cuando sanciona como delito continuado de agresión sexual la totalidad de la conducta del acusado, incluyendo en la continuidad tanto las agresiones sexuales (más graves) como los eventuales abusos, que son absorbidos punitivamente por el conjunto del delito continuado objeto de sanción". Y de igual modo, si el continuum lo integran infracciones con acceso carnal y sin acceso, o sin introducción de miembros corporales y con introducción.

Si bien, salvo su precisión, no es dable en esta sede casacional, alterar esa calificación concursal, no tanto porque ha sido admitida por todas las partes, sino por su potencialidad peyorativa para el acusado, único recurrente; aunque a la postre, el resultado será el mismo, al ser determinante siempre de la penalidad, ya en el delito continuo que abarque todos los abusos, o en aquel que sólo incluya los producidos con introducción de miembros, la prevista para la infracción más grave.

4. En su consecuencia, efectivamente no declarado probado que alguna de las cuatro o cinco ocasiones de introducción de miembros corporales por vía vaginal acaeciese llegado ya el día 23 de diciembre de 2010, sino por el contrario, expresamente declarado "no pudiendo determinar la fecha concreta de cada una de ellas", no resulta posible aplicar la disposición resultante de la reforma operada por LO 5/2010 para esta modalidad agravada de abusos, salvo que la nueva norma resultara más favorable.



Siendo el mecanismo de comparación para determinar la disposición más favorable, no el indicado por las acusaciones; pues como reitera la STS 807/2016, de 27 de octubre, con cita de las SSTS 405/2016, de 11 de mayo y 536/2016, de 17 de junio, respecto de la revisión de sentencias por aplicación retroactiva de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, deben distinguirse dos supuestos, regulados respectivamente por las Disposiciones Transitorias segunda y tercera de la referida Ley: cuando las sentencias sean firmes y cuando se encuentren pendientes de recurso. Disposiciones transitorias de idéntico tenor a las de mismo ordinal contenidas en la LO 5/2010, de 22 de junio.

Sólo cuando se trata de revisar sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, es cuando procede aplicar la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial, de modo que efectivamente, en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código.

Pero en otro caso, de conformidad con la transitoria tercera, cuando las sentencias no sean firmes por estar pendientes de recurso, si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva Ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho. Situación de autos, aunque difiera porque la sentencia de instancia se ha dictado vigente ya la reforma, lo que hace el traslado innecesario, pues precisamente el objeto debatido por infracción de ley, es la determinación de la disposición más favorable.

La consecuencia, en ese caso, como indican las sentencia antes citadas, es que al no tratarse de una sentencia firme, sino que precisamente se encuentra dirimiéndose en casación, la pena se individualiza con libertad de criterio, y si se entendiera más favorable la reforma, sin limitación alguna derivada de que la pena impuesta en la sentencia de instancia sea también imponible en el nuevo marco legal.

5. Pero el caso de autos, no trata de aplicación retroactiva de la norma más favorable, sino de la prohibición de la retroactividad desfavorable constitucionalmente proscrita en el art. 9.3 CE. Que determina que, como sucede en autos, cuando aplicada la nueva disposición en la instancia que resulta más desfavorable a la vigente en el momento de autos, ha de casarse la sentencia para aplicar la normativa vigente en el momento en que los hechos relatados como probados, suceden.

Y resulta obvio que el castigo previsto para los abusos sexuales sobre menores de trece años que consistan en introducción de miembros corporales por vía vaginal, es pena de prisión de 4 a 10 años, debiéndose aplicar en su mitad superior por aplicación del apartado segundo (menor de trece años y/o prevalimiento de una relación de superioridad), con lo que la pena resultante sería de 7 años a 10 años, concorde a la redacción otorgada al art. 181.1 y 2 por la LO 15/2003, resulta una disposición más favorable que la prevista en el art. 183.1 y 3 para esa misma conducta tras la reforma resultante de la LO 5/2010, de prisión de 8 a 12 años que con la concurrencia del prevalimiento de una relación de superioridad, alcanza el tramo de 10 a 12 años.

Consecuentemente se estima el motivo segundo, aunque no el tercero, pues los abusos se prolongaron dicen los hechos probados hasta entrado el año 2011, ya vigente la reforma, aunque en la calificación de instancia (mantenida a estos efectos, pese su improcedencia), la infracción continuada sin introducción de dedos, tanto por consunción como por alternatividad resulta desplazada.

**TERCERO.-** El cuarto motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr, por vulneración del art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva, y del art. 120.3 CP, derecho a obtener una resolución debidamente motivada; y por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por inaplicación del art. 72 CP.

1. Afirma que la pena de prohibición de aproximarse a la víctima impuesta, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, así como el art. 72 CP porque no se ha razonado la decisión de fijar la distancia en mil metros. Argumenta que debería de haberse mantenido la distancia de cien metros fijada en la medida cautelar, ya que el domicilio de su representado se encuentra a unos ciento cincuenta o doscientos metros de la vivienda de la víctima, se vería obligado con más de 80 años a cambiar de domicilio, mientras que durante los cinco años de medida cautelar, la distancia de cien metros ha sido escrupulosamente observada, sin incidente alguno.

Abunda en los mismos razonamientos, en el quinto motivo que lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr, vulneración de los arts. 1, 9.3 y 15 CE, cuando garantizan el principio de proporcionalidad; y por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por incorrecta aplicación del art. 48 en relación con el art. 57 ambos del CP.





2. Efectivamente, la jurisprudencia tiene establecido que el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva, en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia, exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. La doctrina constitucional en esta materia, se concreta, entre otras, en la STC 91/2009, de 20 de abril o la 21/2008 de 31 de Enero :

*"...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E. , y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. . -- conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional-- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo ; 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003 de 10 de Febrero ; 170/2004, de 18 de Octubre ; 76/2007, de 16 de Abril ).*

*Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003, de 10 de Febrero ; 148/2005, de 6 de Junio ; 76/2007, de 16 de Abril )".*

*"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión....".*

Reiteradamente ha señalado esta Sala que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonen en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico- constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Aunque en ocasiones recuerda la jurisprudencia de esta Sala que el Tribunal Constitucional 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; también ha precisado esta Sala, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal , cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado ( STS 599/2007 de 18 de junio ), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

Por otra parte, la ley no solo nos dice que hay que razonar sobre la cuantía o duración específica de la pena, sino que nos concreta los criterios que hemos de seguir al respecto.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por esta vía del art. 849.1 LECr para la infracción de Ley.

3. En autos, la sentencia de instancia, argumenta para individualizar la extensión temporal de la prohibición de aproximación, pero nada indica sobre la dimensión espacial del alejamiento, ni sobre elección de cien o mil metros, ambas distancias citadas cuando concreta su duración:

El Ministerio Fiscal interesó pena de prohibición de aproximarse a doña Ana María , a su domicilio, lugar de estudio o trabajo y cualquier otro que frecuente, así como prohibición de comunicarse con ella, a una distancia mínima de 1000 metros por un plazo de 10 años superior a la pena de prisión impuesta.

La acusación particular interesó prohibición de aproximarse a la menor, doña Ana María o a sus familiares a una distancia inferior a 1000 metros por tiempo de 10 años superiores a la pena de prisión que se imponga; prohibición de comunicarse y privación del derecho a residir cerca del domicilio de la víctima por igual tiempo.



Consta en las actuaciones que por auto de fecha 20 de enero de 2012 se impuso al acusado, don Hilario , la medida cautelar de prohibición de aproximarse a doña Ana María y a su hermano Ángel Jesús en una distancia mínima de 100 metros, así como prohibición de comunicarse con ellos por cualquier medio. Al respecto, la Sala ha de estimar las medidas accesorias interesadas a la vista de no solo del total de la pena impuesta al acusado, don Hilario , sino a la edad de la víctima, doña Ana María , a la reiteración de los hechos, las relaciones de "parentesco" que concurren en autos y las proximidad de los domicilios siendo que la Sala estima que la medida cautelar vigente hasta el momento se dirigía a evitar una situación objetiva de riesgo para la menor, doña Ana María , que si bien no existirá durante el tiempo de cumplimiento efectivo de la pena sí puede darse una vez cumplida o incluso antes en virtud del régimen penitenciario, si bien no resulta justificada la extensión máxima interesada y por iguales razones que respecto a la pena principal procede fijar la extensión mínima de 5 años.

4. Ante una ausencia de motivación de la individualización de la pena, caben tres posibles remedios:

- a) Devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado;
- b) Subsanan el defecto en el supuesto de que al órgano jurisdiccional de apelación le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada;
- c) Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión.

La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el art. 240.2 párrafo 21 LOPJ en su redacción dada por la LO. 19/2003 de 23.12 ("en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal"). La segunda opción es posible, cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación (o casación) hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del art. 66 CP y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciado, en este caso con especial atención al art. 57 CP . En cuanto a la tercera, procede únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador *ad quem* la individualización de la pena.

5. El propio Tribunal, indica que la medida cautelar vigente hasta el momento se dirigía a evitar una situación objetiva de riesgo para la menor, si bien no resulta justificada la extensión máxima interesada. Los parámetros de atención para su imposición, previstos en el art. 57 CP , son la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente.

La gravedad del hecho la refería el Tribunal a la edad de la víctima, la reiteración de los hechos y las relaciones de "parentesco" que concurren en autos, todas ellas ponderadas en la calificación delictiva; si bien el peligro, la situación objetiva de riesgo para la menor (en la actualidad con dieciséis años) que el condenado (en la actualidad prácticamente de ochenta años de edad) supone, parecía entenderlo evitado con la medida cautelar establecida hace cinco años y vigente hasta el momento.

Si bien tal conclusión, no resulta nítida en su argumentación, y ante la carencia de otros elementos que determinen la conveniencia de su incremento o la insuficiencia de la cautelarmente mantenida durante cinco años sin incidente conocido alguno, a la mínima extensión de cien metros, solicitada por la defensa, debe reducirse.

**CUARTO.-** El sexto motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr ., por inaplicación del art. 66.1.2ª en relación con el art. 21.6 ambos del CP , por no aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

1. Argumenta que la dilación habida, es especialmente extraordinaria, superextraordinaria, clamorosa, muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente. La instrucción era muy sencilla, afirma, pero a pesar de ello, se tardó 4 años en la instrucción, lo que justifica la cualificación.

2. La Audiencia, como informa el Ministerio Fiscal, ya ha estimado la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como simple, manifestando que era mínima la desproporción entre la complejidad de los hechos y las diligencias practicadas, y el tiempo transcurrido para la íntegra tramitación de la causa. Narra la sentencia que tiene data de 5 de mayo de 2016 , que los hechos delictivos se prolongaron hasta poco antes de mayo de 2011, que la menor declaró en instrucción el 5/10/2012, que el Ministerio Fiscal calificó los hechos el 9/09/2014, la acusación particular el 23/09/2014 y la defensa el 9/10/2014, y que el



estrés postraumático de la víctima no se superó hasta 2015. Por su parte la defensa, hace referencia a la duración total de la causa pero no concreta, ( SSTS 986/2013, 18 de diciembre ; 773/2014, 28 de octubre ), periodos específicos de paralización.

Por tanto, ni desde la consideración de su duración global, los cuatro años indebidos, que aunque supongan una efectiva dilación, ya ampliamente valorada con el carácter de 'extraordinaria', que exige la estimación de la atenuante como simple; ni desde la concreción de indebidos períodos de paralización injustificados atribuibles al órgano jurisdiccional, que ni siquiera se alegan, resulta atendible la cualificación interesada.

Esta Sala sólo en supuestos muy extraordinarios, ha reducido en dos grados una pena en virtud de la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, pues ello supone en la práctica desactivar de forma sustancial y determinante los fines de la pena con respecto a delitos que contienen un grado de ilicitud notable, sin que se den razones de una excepcionalidad extraordinaria que fundamenten una atemperación tan exorbitante y magnánima del quantum de la pena ( STS 665/2016, de 20 de julio ).

**QUINTO.-** El séptimo y último motivo, lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr ., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, y por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr ., por incorrecta aplicación de los arts. 109 a 116 (excepto 114) CP .

1. Argumenta que se le condena a indemnizar a Ana María en la cantidad de 20.000 euros más intereses legales en concepto de responsabilidad civil, sin que en los hechos declarados como probados, ni en los fundamentos, se haga referencia alguna a la extensión o alcance de los presuntos daños ocasionados. Que únicamente los hechos probados indican que "en fecha 9 de septiembre de 2014 doña Ana María continúa en tratamiento psicológico", pero sin establecer en ningún caso ni cuáles son los daños que requieren de dicho tratamiento, ni su alcance, gravedad, levedad, o extensión, para con ello, poder determinar en primer término, la existencia del daño y su extensión, y en segundo término, la cuantía de la indemnización establecida para resarcirlo.

2. En las SSTS 489/2014 de 10 de junio , 231/2015 de 22 de abril , y 957/2016 de 19 de diciembre, recordábamos que la jurisprudencia de la Sala Primera entiende de aplicación la doctrina *in re ipsa loquitur* , cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar "evidente"; es decir, "cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado", acogida en numerosas resoluciones ( SSTS de la Sala Primera, de 19 de junio de 2000 , 1 de abril de 2002 , 22 de junio de 2006 , 12 de junio de 2007, etc.); así como que esta Sala Segunda , en argumentación paralela, entiende que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad ( SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo ; núm. 105/2005, de 29 de enero ).

El daño moral, en caso como el de autos, resulta de la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad sexual y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima. En su consecuencia, como indica la STS 702/2013 de esta Sala, para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así STS 744/1998, de 18 de septiembre ); siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad ( STS 1490/2005, de 12 de diciembre ).

Si además en autos constan trastornos psicológicos pericialmente informados, prolongados en el tiempo aunque ahora se encuentren en remisión; los hechos delictivos han originado rupturas familiares; y la cantidad indemnizatoria ha sido minimizada, el motivo necesariamente, debe ser desestimado.

## FALLO

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

**DECLARAR HABER LUGAR parcialmente** al recurso de casación formulado por la representación procesal de **D. Hilario** contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 2015 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimo Primera , en causa seguida por delitos de abusos sexuales continuados, la que casamos y anulamos parcialmente siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso

Notifíquese esta resolución a las partes y la que seguidamente se dicta e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



## SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 15 de junio de 2017

Esta sala ha visto la causa seguida por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimo Primera, y origen en el Sumario núm. 2/2014 procedente del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Cerdanyola del Vallés, que condenó por sentencia de 5 de mayo de 2015 a D. Hilario por delitos de abusos sexuales continuados, que ha sido recurrida en casación y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo**, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.** - Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - De conformidad con los razonamientos contenidos en el segundo fundamento jurídico de la sentencia casacional, la condena al acusado, debe ser como autor de un delito continuado del artículo 182 apartados 1 y 2 del Código Penal en su redacción anterior dada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de modificación del Código Penal.

El arco punitivo conminado es de cuatro a diez años, que por mor de la agravación específico de minoría de edad y/o prevalimiento de una relación de superioridad, a que remite el art. 182 CP de la época, asciende de siete a diez; y como consecuencia de su carácter continuado, deviene un tramo entre ocho años y seis meses a diez, dado que la previsión del art. 74 de alcanzar hasta la mitad inferior del grado superior, se prevé como mera posibilidad, sin que existan razones para su exasperación, tanto más cuando entre los criterios de individualización mantenidos en la Audiencia no determinan su aplicación.

La atenuante estimada, determinaría, que el tramo resultaría reducido a pena de prisión, desde ocho años y seis meses a nueve años y tres meses; si bien, en seguimiento de los criterios individualizadores mantenidos en la instancia, corresponde imponer en su umbral mínimo.

**SEGUNDO.** - De conformidad con los razonamientos contenidos en el tercer fundamento jurídico de la sentencia casacional, la extensión espacial de la prohibición de aproximación, debe quedar reducida a cien metros.

### FALLO

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

1.- La calificación jurídica de los hechos imputados al acusado D. Hilario como delito continuado del artículo **183** apartados 1, 3 y 4.d) del Código Penal, conforme a la redacción resultante de la LO 5/2010, se sustituye por la de delito continuado de los artículos 182.1 y 2 del Código Penal, conforme a la redacción resultante de la LO 15/2003; y en su consecuencia la pena de prisión impuesta queda reducida a ocho años y seis meses, con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

2.- La distancia de prohibición de aproximarse a doña Ana María, a su domicilio, lugar de estudio o trabajo y cualquier otro que este frecuente, la fijamos en 100 metros.

3. Mantenemos en su integridad el resto de los pronunciamientos dispositivos de la resolución de instancia, que no contradigan los anteriores.

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

Así se acuerda y firma.

Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca Andres Palomo Del Arco Ana M<sup>a</sup> Ferrer García Juan Saavedra Ruiz