

Roj: **STS 240/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:240**Id Cendoj: **28079120012013100043**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/01/2013**Nº de Recurso: **654/2012**Nº de Resolución: **54/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil trece.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 654/2012, interpuesto por la representación procesal de **D. Evaristo**, contra la sentencia dictada el 6 de Febrero de 2012 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Granada, en el Rollo de Sala Nº 115/2008, correspondiente al Procedimiento Sumario nº 7/2008 del Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Granada, que condenó al recurrente, como autor responsable de un delito de **abuso sexual**, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Evaristo, representado por el Procurador D. Luis Argüelles González; habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Granada, incoó Procedimiento Sumario con el nº 115/08 en cuya causa la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Granada, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 6 de Febrero 2012, que contenía el siguiente **Fallo**: "*Debemos condenar y condenamos a Evaristo como autor de un delito de abuso sexual continuado agravado por el resultado de acceso carnal del Art. 182.1 y 2 en relación con el Art. 180.1.3ª y Art. 74.3 del Código Penal a la pena de ocho años y medio de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación y comunicación, con una distancia mínima de 100 metros, respecto de Nemesio, por tiempo de 10 años, al pago de las costas procesales y a que indemnice a Nemesio en la cantidad de 12.000 euros por daños moral, cantidad que devengará el interés legal del Art. 576 de la LEC.*"

*Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma puede interponer Recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por Infracción de Ley o Quebrantamiento de Forma, en el plazo de CINCO DIAS, a contar desde la última notificación.-"*

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos**: "*Resultando probado que Evaristo, mayor de edad y sin antecedentes penales, es profesor de judo e imparte clases de tal deporte en un colegio de la localidad de Atarfe, donde le ceden un gimnasio, así como en la localidad de Albolote. El menor Nemesio, nacido el día NUM000 de 1996, junto con otros niños asistió a clases de judo en Atarfe durante el curso escolar 2.006-2.007. Como al menor le gustara la actividad, los padres y el profesor decidieron que también fuera a Albolote un día en semana, normalmente el sábado. Hasta allí se desplazaba el menor junto con otros menores en el vehículo del profesor que se encargaba de traerlos y llevarlos, pero a veces se entretenían realizando alguna gestión el profesor. Con el fin de que Nemesio hiciera musculatura volvían al gimnasio, generalmente los sábados, y Evaristo, aprovechando que estaban a solas le daba masajes con aceites, le hacía tocamientos en los genitales y lo masturbaba. Estos hechos se repitieron varias veces. Un día, al volver de Albolote y tras dejar a los otros niños en sus casas Evaristo llevó a Nemesio a su domicilio con el pretexto de dar de comer a los pájaros y le hizo objeto de tocamientos llegando a hacerle una felación. En Julio se interrumpieron las clases, y el menor se fue de vacaciones con sus padres, y a finales de Agosto Evaristo propuso a los padres del menor*"



que entrenara en Albolote hasta que abrieran en gimnasio en Atarfe, lo que aceptaron, repitiéndose otra vez los hechos, hasta que el menor puso una excusa para no ir a entrenar, lo que extrañó a la madre que tras mucho interrogar al niño logró que este le dijera lo que le estaba pasando con el profesor, interrumpiéndose de esta manera el contacto con las clases de judo y con el profesor".

**3.-** Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado D. Evaristo , anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 1 de marzo de 2012, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

**4.-** Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 28 de marzo de 2012, el Procurador D. Luis de Argüelles González, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos**:

**Primero.-** Por infracción de precepto constitucional, por la vía del art. 5.4 LOPJ , en relación con el art. 24.1 y 2 CE .

**Segundo.-** Por infracción de ley del art. 849.1º LECrim . por indebida aplicación del art. 182.1 y 2 CP en relación con el art. 180.1.3º.

**Tercero.-** Por infracción de ley del art. 849.1º LECrim . por inaplicación del art. 21.6º CP .

**Cuarto.-** Por infracción de ley del art. 849.1º LECrim ., por indebida aplicación del art. 109 y ss CP en relación con el art. 115 del mismo cuerpo legal .

**5.-** El Ministerio **Fiscal** por medio de escrito fechado el 8 de mayo de 2012 evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

**6.-** Por providencia de 21 de Diciembre de 2012 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **23 de Enero de 2013** , en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Como primer motivo, el recurrente alega, al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa y a la presunción de inocencia.

**1.-** En primer término, sostiene que se ha vulnerado, en su perjuicio, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, al no haberse admitido la recusación de un Magistrado, que había resuelto, conjuntamente con otros, el recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado contra el auto del Juzgado de Instrucción número cuatro de Granada que acordaba la incoación del sumario. El recurrente estima que, para resolver el recurso, el Magistrado tuvo que entrar a conocer del fondo de la materia, y por tanto estaba contaminado.

**2.-** La STC 39/2004, 29 de marzo - cuya doctrina reiteran las SSTC 45/2006, de 13 de febrero y 143/2006, 8 de mayo -, realiza un análisis exhaustivo de la evolución jurisprudencial en esta materia. Recuerda que el Tribunal Constitucional ha reiterado que la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE ), constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (por todas, STC 38/2003, de 27 de febrero F. 3), con una especial trascendencia en el ámbito penal ( STC 52/2001, de 26 de febrero , F. 3). El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde un perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el thema decidendi (por todas, SSTC 69/2001, de 17 de marzo, F. 14.a ; 155/2002, de 22 de julio, F. 2 ; y 38/2003, de 27 de febrero , F. 3; así como SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack c. Bélgica, § 30; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber c. Bélgica, § 24 ; y, entre las más recientes, de 25 de julio de 2002, caso Perote Pellón c. España, § 43 ; y de 17 de junio de 2003, caso Pescador Valero c. España , § 21) ( STS 319/2009, de 23 de marzo ).

Según se comprueba de la lectura del auto de 17 de diciembre de 2008, obrante al folio 12 de las actuaciones, en el que tuvo participación el Magistrado recusado, el Tribunal se limitó, *simplemente* , a pronunciarse sobre la *calificación jurídica procedente* en atención a lo que se formulaba en la denuncia y en consecuencia, al



procedimiento que debía seguirse, sin que ello implícase el estudio de los propios hechos asociados. No puede, por lo tanto, estimarse que, de esa manera, se comprometiese la imparcialidad del Magistrado miembro del Tribunal sentenciador.

Al folio 12 del Rollo de Audiencia, obra el auto controvertido de 17 de diciembre de 2008, por el que la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción número 4 de Granada, por el que se acordaba la incoación de sumario.

Como se desprende de la lectura del Fundamento Jurídico Unico de la resolución impugnada, la Audiencia da respuesta, simplemente, a la cuestión de *índole jurídica* de la posible calificación de los hechos incriminados a Evaristo , a efectos de determinar el tipo de procedimiento a seguir.

La defensa del acusado se basa en que el hecho incriminado (que Evaristo le había realizado una felación al menor), a efectos dialécticos, era constituido de un delito de abuso sexual, porque no había penetración por parte del sujeto activo al pasivo.

La respuesta de la Sala -basándose en las modificaciones legales operadas en la legislación tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/1999 y en el Pleno de esta Sala de 25 de mayo de 2005- se limitaba a la cuestión, de carácter dogmático y a efectos también dialécticos, del tipo de procedimiento que se debía instruir en función de la hipotética consideración jurídico penal de la conducta incriminada en abstracto, sin prejuzgar sobre la posible responsabilidad de Evaristo y sin que fuese preciso entrar al estudio de las actuaciones.

En tales términos, no puede hablarse, en el presente supuesto, de contaminación por parte del Magistrado, que actuó tanto en el auto de 17 de diciembre de 2008, como en la vista oral, pues, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala (STS 345/2010, de 20 de abril ) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia Déprets contra Francia de 10 de febrero de 2004 ), no se vulnera el derecho a un juez imparcial por el hecho de alguno o algunos de los Magistrados hayan conocido y resuelto, antes del inicio de la vista oral, recursos contra resoluciones de carácter intermedio.

No ha existido, en el supuesto de autos, contacto alguno con el material probatorio antes del juicio ni se han realizado, de manera anticipada, valoraciones sobre la culpabilidad del imputado.

**3.-** Dentro del mismo motivo, el recurrente alega, en segundo lugar, al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que se le han negado los medios de prueba pertinentes para articular convenientemente su defensa.

En concreto, denuncia que se la ha negado, sistemáticamente, la entrega de las grabaciones efectuadas al menor, presunta víctima de los abusos sexuales, y utilizadas por la psicóloga de la Asociación "Márgenes y Vínculos" en su proceso de evaluación sobre la veracidad de su declaración; que solicitó la práctica de la prueba y que le fue denegada por providencia de 14 de marzo de 2008, en lugar de por auto; contra la que se interpuso recurso de reforma y apelación, que fueron, igualmente, desestimados, vulnerándose con ello su derecho de defensa.

Y en tercer lugar, alega que se ha conculcado su derecho a la presunción de inocencia, pues los informes periciales de la asociación "Márgenes y Vínculos" y del I.M.L. de Granada, se evacuaron por una sola perito, contraviendo lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ordena la participación de dos peritos. Y que las pruebas practicadas han sido insuficientes: Así la declaración del menor por sus contradicciones; la declaración de la madre, por ser testimonios de referencia; y que el Informe Psicológico-Forense de Dña. Aida , no utiliza la técnica adecuada, no efectuando la "Evaluación de la Declaración (S.V.A.)".

**4.-** La sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2003 recuerda la relación de los requisitos y criterios que ha ido conformando el Tribunal Constitucional para la consideración de la vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa que pueden configurarse del siguiente modo: a) la actividad probatoria ha de ser solicitada en la forma y momento legalmente establecidos ( SSTC 149/1987 , 1/1996 ); b) la actividad ha de ser pertinente, lo que, a partir de la competencia de los órganos judiciales para la evaluación de pertinencia ( SSTC 44/1984 , 147/1987 , 233/1992 ), supone que el recurrente ha de argumentar convincentemente en torno a la pertinencia de la prueba denegada sin que, por contra, el órgano judicial haya fundamentado el rechazo de un modo no irrazonable ( SSTC 233/1992 , 131/1995 , 1/1996 ), o de un modo tardío tal que genere indefensión o riesgo de prejuicio o condicionamiento de su solución sobre la prueba o de la decisión de fondo ( SSTC 89/1995 , 131/1995 ); y c) la prueba ha de ser relevante para la decisión del litigio ( SSTC 30/1986 , 149/1987 ), "decisiva en términos de defensa" ( STC 1/1996 ) ( STS 975/2009, de 24 de septiembre ).

Según se comprueba del examen de las actuaciones, la entrega de las grabaciones -que solo fueron de audio- de las entrevistas mantenidas por las psicólogas con el menor y con sus padres, se denegó, por la Audiencia,



al no especificarse, como era preceptivo, la finalidad de la pericia, que, el recurrente, en esta fase procesal, aduce que era, lógicamente, contrarrestar y poder valorar la credibilidad de las declaraciones de unos y otros. En todo caso, y al margen de lo anterior, las peritos que elaboraron el informe fueron citadas al acto de la vista oral y, por lo tanto, se le brindó a la defensa de Evaristo la posibilidad de someterse al interrogatorio que fuese precisó para atacar el informe. Y ello sin olvidar que el menor figuraba también como testigo y su grabación no iba a sustituir, ni sustituyó a sus manifestaciones en la vista del juicio oral, donde tuvo ocasión de ser interrogado por todas las partes, y por tanto, por el letrado de la defensa, quien hizo uso de tal derecho a su total satisfacción. En definitiva, de una manera o de otra, el acusado *podía defenderse* eficazmente frente a esa prueba. No puede, por ello, entenderse que se hayan disminuido las posibilidades de la parte recurrente de contrarrestar los resultados, en su caso, perjudiciales, derivados de la prueba pericial.

Por otra parte, en lo que se refiere a que el informe pericial fuese evacuado solamente *por un perito*, la doctrina de esta Sala ha establecido en reiteradas ocasiones la plena validez del informe evacuado por un solo perito, dentro del procedimiento ordinario. Por vía de ejemplo, la STS nº 350/2010, de 23 de abril, decía: "Hemos declarado ( Sentencia 1076/2006, de 27 de octubre y Sentencia 1076/2002, de 6 de junio ), que el art. 459 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que en el procedimiento ordinario el dictamen pericial se hará por dos peritos, si bien, en el párrafo segundo, exceptúa el caso de que no hubiese en el lugar más de uno y no fuera posible esperar a la llegada de otro sin graves inconvenientes para el curso del sumario. Las previsiones de este precepto, que se entienden mejor si se tiene en cuenta la fecha en que fue redactado, demuestran que la dualidad de peritos se justifica en la búsqueda de una mayor certeza y rigor técnico, pero no es condición inexcusable del informe pericial que puede ser válido, en algunos casos, aun prestado por un solo perito". De cualquier modo la grabación en audio-vídeo de las sesiones de la vista del juicio oral demuestra que, en cada caso, compareció la segunda perito psicólogo a los efectos de ratificar lo efectuado por su compañera, habiendo evaluado su contenido y procedimiento utilizado.

5.- Finalmente, en cuanto a la alegación de que la *declaración del menor* está plagada de contradicciones y no cuenta con otro respaldo que el testimonio referencial de la madre y los informes psicológico de las peritos de la Asociación "Márgenes y Vínculos" y de la médico forense, realizados, en las dos ocasiones por una único perito, hay que tener en cuenta que la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la *presunción de inocencia*, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) Que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) Que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) Que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba ( SSTS 25/2008 y 128/2008 ) ( STS 448/2011, de 19 de mayo ).

Así el Tribunal de instancia dictó sentencia condenatoria, estimando acreditado los hechos objeto de acusación, partiendo de la declaración del menor, que resultaba, además, respaldada por las declaraciones de su madre y avaladas por los informes periciales psicológicos confeccionados al respecto.

El Tribunal advertía que el relato del menor era persistente y congruente, a lo largo de todas las fases procesales hasta la misma vista oral, en lo que el menor declaró por videoconferencia, sin que se apreciase la existencia de venganza o cualquier móvil espurio de querer perjudicar injustamente al acusado.

En segundo lugar, la Sala advirtió que las declaraciones de la madre del menor, respaldaban la apreciación del Tribunal. La *testigo relató* en el Cuartel de la Guardia Civil que, cierto día, del que no podía precisar la fecha, llegó a trabajar y no encontró al niño, por lo que llamó por teléfono al profesor y éste le dijo que se habían entretenido y que, enseguida, le llevaba; que el niño excusó la tardanza, diciendo que habían ido a dar de comer a los pájaros que el acusado tenía en su domicilio, pero que no sospechó nada, pese a que encontró al niño nervioso. Posteriormente, en agosto, el profesor le ofreció acudir al gimnasio de Albolote, al encontrarse cerrado el otro y que el menor aceptó pero sólo fue dos veces, hasta que el día 5 ó 6 de septiembre de 2007, cuando estaba esperando para recoger al niño, el profesor, al salir, le hizo saber que el niño le había dicho que ya no podía acudir más a las clases de judo porque tenía clases particulares, que contesto que, no obstante, podría seguir yendo, porque las clases eran por la mañana, percibiendo la testigo que su hijo le hacía una pequeña advertencia, golpeándola en el brazo; y que, al quedarse a solas, le preguntó qué pasaba hasta que, finalmente, el niño, que, en principio, estuvo renuente, terminó por echarse a llorar y manifestarle que el profesor le estaba acosando sexualmente, que le había llevado a su casa en dos ocasiones y que le hacía tocamientos y masturbaciones. Que el matrimonio se negó a mantener conversaciones con el profesor, aunque los padres decidieron, en principio, no denunciar, porque el niño se negaba, tajantemente, a que nadie se enterase de lo que había pasado, por temor a comentarios irónicos. En el acto de la vista oral, la testigo



mantuvo la misma versión de los hechos, aclarando que el hecho en sí de la felación, no se la contó el menor sino que éste se lo relató a las psicólogas de la Fundación "Márgenes y Vínculos", y que, por eso, no lo hizo saber en su declaración previa.

Por otra parte, la Sala a quo reflejaba la constancia de que los hechos *no* fueron, realmente, *directamente denunciados* por la madre, sino que, con ocasión de encontrarse recibiendo tratamiento psicológico, se lo comentó a la psicóloga y ésta le dijo que tenía que dar parte al Ministerio Fiscal y a la Consejería de Servicios Sociales y que este órgano administrativo remitió al menor a la Asociación "Márgenes y Vínculos" para que se sometiese al programa de protección y que, dada cuenta a la autoridad judicial correspondiente, ésta acordó que se instruyesen diligencias por la Guardia Civil, que culminaron en el atestado 7/2008.

Por su parte, *las psicólogas* de la Fundación "Márgenes y Vínculos", habiendo realizado la evaluación de credibilidad de la declaración del menor, llegaron a la conclusión de que el relato se podía catalogar como probablemente creíble. Las psicólogas manifestaron que el menor le dijo que el acusado le quitaba la ropa, y que le echaba unos aceites y luego le empezaba a hacer "pajas" y que, a medida que tuvieron más confianza, le llevaba su casa, donde le seguía haciendo masturbaciones hasta que empezó a hacerle felaciones. En el Juzgado de Instrucción, el menor, en esencia, mantuvo las mismas manifestaciones.

Asimismo, la psicóloga NUM001 y la psicóloga del Instituto de Medicina Legal, Aida , manifestaron que, en principio, el menor no vivió el hecho como una experiencia traumática, dada su escasa experiencia y la estrategia utilizada por el propio acusado, adquiriendo la sensación de vergüenza progresivamente hasta el punto de que, finalmente, se sintió humillado y, por eso, no quería que se difundiese la idea.

Por último, el Tribunal valoró, también, las declaraciones de los *testigos de cargo* . En general, los testigos de la defensa, compañeros de trabajo del acusado, dos alumnos de judo y el Director Técnico de Programas Deportivos de la Junta de Andalucía, en aquellas fechas, Silvio . y Luis María ., no aportaron nada. El compañero del acusado por su parte, Luis María . elaboró un informe escolar del menor, se limitó a decir que nunca había apreciado ningún comportamiento de ese tipo en el acusado; los dos alumnos de judo que el menor no se esforzaba en los ejercicios, indicando que Nemesio era mal estudiante y que era revoltoso. *La Sala a quo estimó* que esta información no afectaba nada a la credibilidad otorgada al menor, cuya declaración, en cambio, estaba acompañada por datos corroboradores y que parecen corresponderse más adecuadamente a un niño, cuyas apetencias sexuales y cuyo conocimiento, sobre el particular, todavía no se ha desarrollado.

Por consiguiente, se ha practicado prueba de cargo bastante. En reiteradas ocasiones, se ha puesto de manifiesto por esta Sala que la declaración de la víctima tiene entidad y virtualidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia cuando se somete a un riguroso análisis por el Tribunal enjuiciador ( SSTS 10722/2009, de 29 de diciembre y 5109/2011, de 14 de julio ). La valoración de los datos corroboradores dota a la versión de los hechos de la víctima de consistencia y firmeza. Su ponderación global - acorde con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia - refuerzan la verosimilitud de su declaración.

Por todo ello, procede la desestimación del motivo en todos sus aspectos.

**SEGUNDO.-** En segundo lugar, el recurrente alega infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida de los artículos 182.1 º y 2º, en relación con el artículo 180.1º.3º del Código Penal .

1.- Estima indebidamente aplicados los preceptos citados, al no haberse acreditado la concurrencia de sus elementos, sobre todo en relación con el subtipo agravado de acceso carnal, felaciones, sobre las que existe duda más que razonable.

El cauce casacional utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. ( STS 781/2011, de 14 de julio ).

2.- El planteamiento de la parte recurrente entra en conflicto directo con los hechos declarados probados. Según el relato fáctico de la sentencia, el acusado, profesor de judo y que impartía clases en un colegio de la localidad de Atarfe, en distintas ocasiones, aprovechando que estaba a solas con el menor Cecilio ., de once años de edad cuando sucedieron los hechos, le realizaba tocamientos en los genitales y le masturbaba, repitiéndose los hechos varias veces; un día en concreto, Evaristo llevó a Cecilio a su domicilio para dar de comer a los pájaros y, allí, de nuevo repitió los tocamientos, llegando a realizarle una felación; por último, en julio, tras interrumpirse las clases e irse el menor de vacaciones con sus padres, a finales de agosto, Evaristo le propuso que el menor siguiera entrenándose en Albolote hasta que se abriera el otro gimnasio (el de Atarfe), repitiéndose los hechos hasta que la madre del menor, por el comportamiento de éste, se enteró de los hechos, interrumpiéndose el contacto con las clases de judo y con el propio acusado.



Esta conducta descrita constituye un delito de abusos sexuales, con acceso carnal, contra menor de 13 años, y sin emplear violencia e intimidación. La pena impuesta demuestra que, aunque hable de delito continuado, la sentencia de instancia, partiendo de la existencia de un sólo acceso carnal, no atendió con rigor a las previsiones del art. 74 CP, que hubiera supuesto la pena no de 8 años y 6 meses, sino al menos la de 8 años, 6 meses y 1 día de prisión.

Por todo ello, procede la destimación del motivo.

**TERCERO.-** En tercer lugar, el recurrente alega infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 21.6º del Código Penal.

1.- Alega que se ha producido una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, al haberse producido la paralización del procedimiento en dos ocasiones: así, en primer lugar, indica que, desde la revocación del auto de sumario y su devolución al Juzgado, que dicta nuevo auto el 26 de mayo de 2010, y el escrito de acusación el 14 de marzo de 2011 transcurren diez meses; y, en segundo lugar, el periodo que se extiende desde que se presenta ese escrito hasta que se celebra la vista oral, en el que transcurre casi un año. En total, el recurrente afirma que han pasado, en total, más de cuatro años y tres meses desde que sucedieron los hechos hasta que se dicta sentencia.

2.- El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien lo reclama. En particular, debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el período a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España (STS 563/2010, de 7 de junio))

3.- El recurrente indica dos períodos de paralización: el primero, que se produce tras acordarse la revocación del auto de conclusión del sumario y se dicta uno nuevo hasta que se evacua escrito de conclusiones por la acusación; y, el segundo, desde ese momento, hasta que se celebra juicio.

Debe señalarse, que desde que se revocó el auto de conclusión del sumario hasta que se dictó el segundo y definitivo, se practicaron diferentes diligencias de prueba solicitadas por el Ministerio Fiscal.

Por lo que se refiere al segundo periodo, el examen de las actuaciones permite apreciar que tras formularse acusación por el Ministerio Fiscal, los padres del menor intentaron personarse como acusación particular, sin que se admitiese por la Sala por extemporánea en providencia de 6 de abril de 2011; que el 15 del mismo mes, la defensa del recurrente solicitó la nulidad de actuaciones, sobre la que se dictó providencia del 27 de abril por la Sala de instancia, acordándose su inadmisión; que el escrito de conclusiones presentadas por la defensa se formula el 6 de mayo de 2011; que el señalamiento del juicio oral se hace el 10 de octubre de 2011 para los días 9 y 10 de enero del año 2012, siendo necesaria la celebración de una nueva sesión, el uno de febrero de 2012.

Consecuentemente, ni en uno ni en otro de los periodos ha existido una auténtica paralización de las actuaciones, o una dilación extraordinaria.

Por otra parte, hay que considerar que la apreciación de una atenuante no privilegiada, conforme a la regla 1ª del art. 66.1 CP, resultaría inocua a los efectos de modificación de la pena impuesta, dado el juego de los preceptos penales aplicados, ya que ni siquiera se ha impuesto la pena en el límite de su mitad superior (8 años, 6 meses y 1 día) tal como autoriza el art. 74 CP.

Por todo ello, procede la desestimación del presente motivo.

**CUARTO.-** Como cuarto motivo, el recurrente alega, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley por aplicación indebida del artículo 109 y siguientes del Código Penal en relación con el artículo 115 del mismo texto legal.

1.- Aduce que el señalamiento de indemnización, de 12.000 euros por daño moral, en favor del menor, carece de todo tipo de base fáctica, salvo las voluntaristas manifestaciones de la Sala, que no tienen apoyo en informe



pericial alguno, y sin que haya siquiera una petición de parte. Insiste en que no consta en actuaciones, ningún informe pericial, que acredite la existencia de un daño psicológico en el menor.

2.- En cuanto a los daños morales, como dicen las sentencias de esta Sala de 10 de abril de 2000 y 21 de octubre de 2002, la única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos, es el hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, de tal suerte, que la propia descripción del hecho, constituye la base que fundamenta el "quantum" indemnizatorio señalado por el Tribunal sentenciador en el ejercicio de una prudente discrecionalidad, únicamente revisable en casación cuando la valoración rebase los límites mínimos y máximos dentro de los cuales resulta razonable esa prudente discrecionalidad ( STS 479/2012, de 13 de junio ).

3.- Se aprecia, respecto a la falta de solicitud de parte de la indemnización señalada, que el Ministerio Fiscal solicitó en conclusiones provisionales, elevadas a definitivas, una indemnización de 12.000 euros en favor de la víctima por los daños morales causados. Existe, por lo tanto, una petición instada, en este caso, por el Ministerio Público. El ejercicio de la acción civil se encuentra unida a la de la acción penal, salvo que el perjudicado se la reserve especialmente. La personación de la acusación particular no libera al Ministerio Público de su obligación de solicitar la reparación del daño causado a la víctima.

Por otra parte, los hechos declarados probados justifican la apreciación de la existencia de unos daños morales, como lo evidencia el propio dato de que el menor se sintiera fuertemente humillado y avergonzado de los hechos. La propia naturaleza de los hechos causados supone la existencia indudable de sufrimiento anímico y moral de la víctima.

Como se dice en sentencias de esta Sala, el hecho de que los daños morales sean de difícil cuantificación y no puedan cuantificarse en la misma forma que los materiales, no quiere decir que no existan (Cfr. STS núm. 861/2009, de 15 de julio ).

En este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado, estimándose prudencial la cifra de 12.000 euros concedida en la sentencia.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

**QUINTO.-** Desestimándose el recurso, procede imponer sus costas al recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 901. LECrm.

### III. FALLO

**DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de casación formalizado por el recurrente contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de origen en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución, imponiéndole las **costas** de su recurso.

Póngase esta resolución en conocimiento de dicha Audiencia Provincial, a la que se remitirán cuantos antecedentes elevó en su día a esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Juan Saavedra Ruiz D. Perfecto Andres Ibañez D. Francisco Monterde Ferrer D. Manuel Marchena Gomez D. Alberto Jorge Barreiro**

**PUBLICACION** - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Francisco Monterde Ferrer, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.