



Roj: **STS 2690/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2690**

Id Cendoj: **28079120012018100350**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2018**

Nº de Recurso: **10075/2018**

Nº de Resolución: **335/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10075/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 335/2018

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 4 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación del acusado **D. Alejo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, que le condenó por delitos de abusos sexuales, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Caballero Aguado y los recurridos Acusación Particular D. Epifanio, Dña. Covadonga y Dña. Loreto representados por el Procurador Sr. Puigdemívol Alou.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Inca, instruyó sumario con el nº 6 de 2015 contra Alejo, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, que con fecha 8 de noviembre de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Probado y así se declara: I./ Que el acusado Alejo, de nacionalidad colombiana, con NIE NUM000, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, de la que estuvo privado los días 16 y 17 de mayo de 2014, cuando tuvieron lugar los hechos que luego se van a relatar, mantenía una relación de parentesco político con la menor Loreto, nacida el NUM001 de 1998, por estar casado el procesado con la hermana de la pareja sentimental de su padre. Loreto, tiene reconocida una discapacidad psíquica del 35% por inteligencia



límite, según resolución administrativa dictada por la Consellería de Família i Serveis Socials con efecto desde el 30/6/2010, revisable en enero de 2017. La discapacidad que presenta Loreto es fácilmente perceptible cuando uno está con ella y entra en conversación con la misma, y dicha patología, aunque leve, se refleja en su forma de ser al tratarse de una menor muy ingenua, infantil, muy buena de comportamiento y de fácil relación, todo lo cual hace que sea una persona sincera y no tenga tendencia natural a la mentira ni a la fabulación o la invención. II./ En fecha indeterminada pero en todo caso cuando la menor contaba con 12 años de edad y estaba cursando entonces 1º curso de la ESO, se quedó en la que entonces era la casa de su padre a solas con el acusado, ubicada en las afueras de DIRECCION000 , el cual estaba allí alojado hasta la llegada de su familia de Colombia para reagruparse en la localidad de DIRECCION000 en la que vivía Loreto . Y en esa situación, prevaliéndose el acusado de la diferencia de edad existente, de la patente discapacidad de la menor y de la confianza derivada de la relación familiar y de convivencia, se dirigió a la habitación en que se hallaba Loreto jugando a la videoconsola y le bajó los pantalones y las braguitas y él hizo lo mismo con los suyos y su calzoncillo y le introdujo el pene en la vagina, llegando el acusado a eyacular sobre su propia mano. III./ Posteriormente, en fecha 14 de mayo de 2014, cuando la menor contaba con 15 años de edad, el procesado, aprovechando que el padre de la menor los había dejado en la plaza de DIRECCION000 , sin poder concretar la hora con exactitud pero alrededor de las 18 horas de la tarde o minutos antes, después de traerlos en el coche desde la casa de su madre, en las afueras del pueblo, siguió a Loreto hasta el estanco y luego que ella comprase unas chucherías, aprovechándose de la relación de parentesco y de confianza que había entre los dos, la condujo hasta una casa que estaba reformando situada a escasa distancia y una vez allí, después de cerrar la puerta con llave, la colocó frente a una pared con las manos apoyadas en ella y le bajó los pantalones y las bragas y tras hacer él lo mismo con los suyos la intentó penetrar por detrás en tres ocasiones pero sin llegar a conseguir su propósito, permitiendo seguidamente que Loreto se marchase de la vivienda. Al salir de la casa Loreto estaba muy alterada por lo ocurrido y se fue corriendo hasta que llegó a la altura del supermercado y allí se encontró con la mujer de su padre, quedándose con ella por no querer estar sola y entrando las dos juntas en el supermercado, yéndose luego ambas a casa y una vez en ella Loreto , por sentirse sucia después de lo que le había hecho con ella el procesado, en contra de su proceder habitual ya que era recelosa en eso, se quitó la ropa y se puso el pijama. Al día siguiente Loreto , muy afectada por lo que le había pasado, contó lo ocurrido a sus amigas del Instituto y estas se lo trasladaron a sus profesoras, quienes tras escuchar de Loreto lo que le había hecho el acusado, llamaron a sus padres y estos formularon la denuncia que ha dado lugar a esta causa. IV./ Por estos hechos se acordó por el juzgado de Inca, mediante Auto de fecha 17 de mayo de 2014, la prohibición de comunicarse por cualquier medio así como de aproximación a menos de 200 metros del procesado a la víctima".

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

"Que debemos condenar y condenamos a Alejo , como autor responsable de dos delitos de abusos sexuales, uno de ellos con introducción, ya definidos, concurriendo en el primer caso la agravante de enfermedad y de prevalimiento y en la segunda de prevalimiento, a las penas de 10 años y 1 día y 2 años y 1 día de prisión, respectivamente, con la accesoria común de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y la específica de prohibición de acercamiento, a una distancia no inferior a 500 metros y de comunicación a la víctima Loreto , por un tiempo superior en 5 años a la pena privativa impuesta (esto es, con un total de 14 años), y la de libertad vigilada por igual plazo; y a que por vía de responsabilidad civil la indemnice por el daño moral causado en la cantidad de 9.000 euros, cantidad que devengará los intereses procesales del artículo 576 de la Lec , y con expresa condena en costas, incluidas las devengadas a la Acusación particular. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, al acusado y demás partes personadas, haciéndoles saber que no es Firme y que contra la misma cabe recurso de Casación en el plazo de 5 días".

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

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Alejo** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo de los arts. 851.1 y 855.3º L.E.Cr ., por quebrantamiento de forma, al no expresarse en la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, resultando, además, manifiesta contradicción entre ellos. En concreto, indeterminación e imprecisión en su circunstancia de tiempo, lugar y de elementos externos que corroboren los mismos.

Segundo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por defectuosa motivación de la sentencia al no permitirse la prueba de descargo practicada en el Plenario y que obra en autos.



Tercero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr . y del art. 5.4 L.O.P.J ., por infracción de precepto constitucional, por vulneración del principio de presunción de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de la C.E .

Cuarto.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por infracción de ley, por aplicación indebida de los arts. 183.1 , 183.3 y 183.4 del C. Penal .

Quinto.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por infracción de ley, por aplicación indebida de los arts. 181.1 , 181.2, 181.3 y 181.5 del C. Penal . Se ha desistido de este motivo.

Sexto.- Al amparo de lo establecido en el art. 849.2 L.E.Cr ., por infracción de ley, error en la apreciación de la prueba pericial médica, basado en el documento obrante al Folio 27 de las actuaciones consistente en el Informe médico emitido en fecha 16 de mayo de 2014 por la Doctora Carolina , que determina que en dicha fecha, es decir, cuatro años más tarde de la supuesta "penetración", no se puede asegurar integridad himenal de la menor Loreto , ni tampoco lesiones en genitales externos, ni en la zona anal. Por lo tanto, lo anterior contradice la versión de la denunciante y excluye el hecho que la menor hubiera sido penetrada por mi patrocinado. Por lo tanto, los hechos no serían constitutivos de un delito de abusos sexuales con penetración de los arts. 183.1 , 183.3 y 183.4 a del C. Penal , por lo que procede dictar sentencia absolutoria por estos hechos.

Séptimo.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por infracción de ley, por aplicación indebida de los arts. 183.1 , 183.3 y 183.4 a del C. Penal tras la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio e inaplicación indebida de los arts. 181.1 y 2 del C. Penal vigente en el momento de los hechos (LO 10/1995 de 23 de noviembre).

Octavo.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por infracción de ley, por inaplicación indebida del art. 131 del C. Penal vigente en el momento de los hechos, respecto de los hechos ocurridos en el año 2010 cuando la menor tenía 12 años, habiendo transcurrido con creces el plazo de prescripción de tres años, por lo que procedería declarar extinguida la responsabilidad criminal que en su caso pudiera corresponder a mi patrocinado por estar prescrito el delito.

Noveno (décimo del escrito).- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por infracción de ley, por inaplicación indebida del art. 21.6 del C. Penal vigente en el momento de los hechos, al concurrir la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, apoyó parcialmente el motivo cuarto del mismo, solicitando la desestimación de los restantes, dándose asimismo por instruida la representación de las partes recurridas, solicitando la desestimación del recurso del acusado, y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 21 de junio de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 8 de Noviembre de 2017 por la que se condena al recurrente Alejo , como autor responsable de dos delitos de abusos sexuales, uno de ellos con introducción, ya definidos, concurriendo en el primer caso la agravante de enfermedad y de prevalimiento y en la segunda de prevalimiento, a las penas de 10 años y 1 día y 2 años y 1 día de prisión, respectivamente, con la accesoria común de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y la específica de prohibición de acercamiento, a una distancia no inferior a 500 metros y de comunicación a la víctima Loreto , por un tiempo superior en 5 años a la pena privativa impuesta (esto es, con un total de 14 años), y la de libertad vigilada por igual plazo; y a que por vía de responsabilidad civil la indemnice por el daño moral causado en la cantidad de 9.000 euros, cantidad que devengará los intereses procesales del artículo 576 de la L.E.C ., y con expresa condena en costas, incluidas las devengadas a la Acusación Particular.

El Tribunal declaró como hechos probados los siguientes:

"1.1 Que el acusado Alejo , de nacionalidad colombiana, con NIE NUM000 , sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, de la que estuvo privado los días 16 y 17 de mayo de 2014, cuando tuvieron lugar los hechos que luego se van a relatar, mantenía una relación de parentesco político con la menor Loreto , nacida el NUM001 de 1998, por estar casado el procesado con la hermana de la pareja sentimental de su padre.

Loreto , tiene reconocida una discapacidad psíquica del 35% por inteligencia límite, según resolución administrativa dictada por la Consellería de Família i Serveis Socials con efecto desde el 30/6/2010, revisable en enero de 2017.



La discapacidad que presenta Loreto es fácilmente perceptible cuando uno está con ella y entra en conversación con la misma, y dicha patología, aunque leve, se refleja en su forma de ser al tratarse de una menor muy ingenua, infantil, muy buena de comportamiento y de fácil relación, todo lo cual hace que sea una persona sincera y no tenga tendencia natural a la mentira ni a la fabulación o la invención.

II./ En **fecha indeterminada pero en todo caso cuando la menor contaba con 12 años de edad y estaba cursando entonces 1° curso de la ESO**, se quedó en la que entonces era la casa de su padre a solas con el acusado, ubicada en las afueras de DIRECCION000, el cual estaba allí alojado hasta la llegada de su familia de Colombia para reagruparse en la localidad de DIRECCION000 en la que vivía Loreto. Y en esa situación, prevaliéndose el acusado de la diferencia de edad existente, de la patente discapacidad de la menor y de la confianza derivada de la relación familiar y de convivencia, se dirigió a la habitación en que se hallaba Loreto jugando a la videoconsola y le bajó los pantalones y las braguitas y él hizo lo mismo con los suyos y su calzoncillo y le introdujo el pene en la vagina, llegando el acusado a eyacular sobre su propia mano.

III./ Posteriormente, **en fecha 14 de mayo de 2014, cuando la menor contaba con 15 años de edad**, el procesado, aprovechando que el padre de la menor los había dejado en la plaza de DIRECCION000, sin poder concretar la hora con exactitud pero alrededor de las 18 horas de la tarde o minutos antes, después de traerlos en el coche desde la casa de su madre, en las afueras del pueblo, siguió a Loreto hasta el estanco y luego que ella comprase unas chucherías, aprovechándose de la relación de parentesco y de confianza que había entre los dos, la condujo hasta una casa que estaba reformando situada a escasa distancia y una vez allí, después de cerrar la puerta con llave, la colocó frente a una pared con las manos apoyadas en ella y le bajó los pantalones y las bragas y tras hacer él lo mismo con los suyos la intentó penetrar por detrás en tres ocasiones pero sin llegar a conseguir su propósito, permitiendo seguidamente que Loreto se marchase de la vivienda.

Al salir de la casa Loreto estaba muy alterada por lo ocurrido y se fue corriendo hasta que llegó a la altura del supermercado y allí se encontró con la mujer de su padre, quedándose con ella por no querer estar sola y entrando las dos juntas en el supermercado, yéndose luego ambas a casa y una vez en ella Loreto, por sentirse sucia después de lo que le había hecho con ella el procesado, en contra de su proceder habitual ya que era recelosa en eso, se quitó la ropa y se puso el pijama.

Al día siguiente Loreto, muy afectada por lo que le había pasado, contó lo ocurrido a sus amigas del Instituto y estas se lo trasladaron a sus profesoras, quienes tras escuchar de Loreto lo que le había hecho el acusado, llamaron a sus padres y estos formularon la denuncia que ha dado lugar a esta causa.

IV./ Por estos hechos se acordó por el juzgado de Inca, mediante Auto de fecha 17 de mayo de 2014, la prohibición de comunicarse por cualquier medio, así como de aproximación a menos de 200 metros del procesado a la víctima".

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por el condenado por los siguientes motivos que se exponen a continuación.

SEGUNDO.- Se plantean como motivos de recurso los siguientes por el recurrente:

Primero.- Al amparo de los arts. 851.1 y 855.3° L.E.Cr., por quebrantamiento de forma, al no expresarse en la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, resultando, además, manifiesta contradicción entre ellos. En concreto, indeterminación e imprecisión en su circunstancia de tiempo, lugar y de elementos externos que corroboren los mismos.

Segundo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por defectuosa motivación de la sentencia al no permitirse la prueba de descargo practicada en el Plenario y que obra en autos.

Tercero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr. y del art. 5.4 L.O.P.J., por infracción de precepto constitucional, por vulneración del principio de presunción de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de la C.E.

Cuarto.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por infracción de ley, por aplicación indebida de los arts. 183.1, 183.3 y 183.4 del C. Penal.

Quinto.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por infracción de ley, por aplicación indebida de los arts. 181.1, 181.2, 181.3 y 181.5 del C. Penal. Se ha desistido de este motivo.

Sexto.- Al amparo de lo establecido en el art. 849.2 L.E.Cr., por infracción de ley, error en la apreciación de la prueba pericial médica, basado en el documento obrante al Folio 27 de las actuaciones consistente en el Informe médico emitido en fecha 16 de mayo de 2014 por la Doctora Carolina, que determina que en dicha fecha, es decir, cuatro años más tarde de la supuesta "penetración", no se puede asegurar integridad himenal de la menor Loreto, ni tampoco lesiones en genitales externos, ni en la zona anal. Por lo tanto, lo anterior contradice



la versión de la denunciante y excluye el hecho que la menor hubiera sido penetrada por mi patrocinado. Por lo tanto, los hechos no serían constitutivos de un delito de abusos sexuales con penetración de los arts. 183.1 , 183.3 y 183.4 a del C. Penal , por lo que procede dictar sentencia absolutoria por estos hechos.

Séptimo.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por infracción de ley, por aplicación indebida de los arts. 183.1 , 183.3 y 183.4 a del C. Penal tras la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio e inaplicación indebida de los arts. 181.1 y 2 del C. Penal vigente en el momento de los hechos (LO 10/1995 de 23 de noviembre).

Octavo.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por infracción de ley, por inaplicación indebida del art. 131 del C. Penal vigente en el momento de los hechos, respecto de los hechos ocurridos en el año 2010 cuando la menor tenía 12 años, habiendo transcurrido con creces el plazo de prescripción de tres años, por lo que procedería declarar extinguida la responsabilidad criminal que en su caso pudiera corresponder a mi patrocinado por estar prescrito el delito.

Noveno (décimo del escrito).- Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por infracción de ley, por inaplicación indebida del art. 21.6 del C. Penal vigente en el momento de los hechos, al concurrir la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

Debe entrarse a valorar, en primer lugar, por sistemática en cuanto al análisis de los hechos en orden correlativo a cómo sucedieron, comenzando por el ocurrido cuando la menor tenía 12 años en el año 2010, y que se refieren al hecho de mayor gravedad, al declararse probado que hubo penetración, lo que elevaría la penalidad del recurrente a la pena de 10 años y 1 día de prisión, o a la pena de entre 7 años y 1 día a 10 años de prisión si se considerara aplicable la legislación anterior a la LO 5/2010 (23-10- 2010).

En este sentido, cierto es que los hechos probados fijados por el Tribunal arrancan por el hecho ocurrido cuando la víctima contaba con 15 años de edad en Mayo de 2014, lo que altera la sistemática cronológica, del Tribunal, pero exponiendo con detalle en estos hechos ocurridos en el año 2014 los argumentos que le llevan al Tribunal al convencimiento acerca de la existencia de los abusos sexuales, y destacando la prueba que le lleva a tal convicción con detalle argumental. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los hechos ocurridos cuando la menor tenía 12 años de edad, y que son por los que se impone la pena de 10 años y 1 día de prisión por la existencia de penetración. Y sobre ellos el propio Tribunal señala que, en un primer momento, se desdijo respecto a cómo ocurrieron, lo que englobaría el hecho de la penetración.

De esta manera, si bien existe convicción del Tribunal respecto a la existencia de los abusos cometidos en el año 2014, y de suyo esta Sala comparte que se produjeron en ambos casos, no existe una prueba relevante que lleve a la convicción de que en el primero de los hechos se añade al ataque a la indemnidad sexual el acto que elevaría la pena por la vía del art. 182.1 CP aplicable al momento de los hechos con la legislación anterior a la reforma antes citada, y que nos llevaría la penalidad de 7 años y 1 día a 10 años, en ningún caso aplicando el art. 183.3 CP por ser de legislación posterior al año 2010, que es el año donde se entiende que se cometen los hechos, pese a que el recurrente sostiene la duda de que la víctima faltaba a la verdad y que existe un error de fechas.

Este Tribunal llega a la convicción de que en ambos casos existió un delito de abuso sexual, pero no entiende que exista prueba bastante para añadir la existencia del acto de la penetración en el primer hecho por falta de una eficaz corroboración, dado que de la declaración de la víctima en el plenario, tras los problemas de audición que se detectaron declara sobre los hechos, llegando a la convicción de la existencia de los abusos, pero sin alcanzar esta Sala la convicción de la concurrencia de la penetración en el hecho sucedido en el año 2010 cuando contaba con 12 años de edad.

Pues bien, con respecto al primer motivo en relación a la fijación de fechas del primer hecho el Tribunal destaca que "tuvieron lugar en la casa del padre cuando Loreto cursaba 1º de la ESO -curso 2010 a 2011-, porque formamos convicción que su corroboración trae causa precisamente de su objetiva constatación y porque el autor es la misma persona y porque su misma ocurrencia aparece factible, toda vez que sucedieron cuando la menor estaba en casa a solas con el acusado cuando éste fue acogido en la vivienda del padre al ser su cuñado y marido de su mujer, a la espera de que su hermana viniera a vivir a la Isla de Mallorca procedente del extranjero".

Hay que destacar que en casos de abusos sexuales a menores de edad supone en muchos supuestos complicado fijar por la menor un momento exacto acerca de la ocurrencia de los hechos; más aún cuando, como en el presente caso, se suceden dos hechos separados en el tiempo que, además, impiden aplicar la existencia del delito continuado y que no están prescritos. Se trata del derecho de la víctima, en este caso, además, menor de edad cuando ocurren los hechos y con una situación de minusvalía, lo que provoca una mayor victimización, lo que, por otro lado, dificulta el proceso de fijación exacta de los hechos, aunque la menor



la cifra en el primero cuando tenía 12 años, lo que nos sitúa en el año 2010, aunque el recurrente sostenga que sería en el año 2005, aunque niegue el hecho.

La circunstancia cuestionada por el recurrente de que el primer hecho sea analizado en segundo lugar cuando ocurrió antes tiene una explicación lógica, como se expone en la sentencia, cual es que es a raíz del segundo hecho en el año 2014 es cuando la menor decide contárselo no a sus familiares, sino a sus amigas en razón a las dificultades que para los menores supone contar este tipo de casos. Y que es a raíz de contarlos cuando se refiere a los hechos anteriores, que, obviamente, supone una dificultad añadida a la menor centrarlos en el tiempo de una manera aproximada.

Este proceso, tras la exploración de la menor supone que lo que lleva a cabo el Tribunal, pues, es un proceso de valoración del conjunto probatorio y que es lo que permite fijar un hecho probado, teniendo en cuenta lo que la víctima cuenta, y también el resto de testigos. Pero que el Tribunal haya fijado en el tiempo, y de forma aproximada, aunque centrándolo cuando la menor contaba con 12 años de edad, supone tener en cuenta lo que la menor declaró y en un proceso de valoración de la prueba personal en su declaración, labor que concierne al Tribunal.

Por ello, lo que el recurrente formula, en realidad, es una distinta valoración de la prueba, considerando que la menor miente absolutamente en ese punto que se cuestiona, no que los hechos probados sean defectuosos, sino que subyace una queja valorativa, negando que ocurrieran en el momento en que se expone en los hechos probados, y sosteniendo otros elementos de prueba del proceso que entiende que permiten hacer dudar de la veracidad del hecho, siendo otra la valoración del Tribunal, que concede a la menor credibilidad cuando, finalmente, decide contar lo ocurrido y relaciona tanto el hecho más reciente como el que ya le había ocurrido.

Plantea dudas el recurrente acerca de cómo estaba sola la menor, o qué podría hacer allí el acusado, cómo entró, así como la inexistencia de lesiones, cuando se acusa de acceso carnal.

Pues bien, pese a que el recurrente plantee dudas sobre las fechas, el Tribunal llega a la convicción de que en esa época estaba en ese inmueble y que por su relación con la menor podría estar perfectamente a su cuidado ese día, que es lo que aprovecha el recurrente, y escenario que se repite con suma frecuencia en casos semejantes, como "aprovechando que la madre de un menor está trabajando", que "le ha dejado al cargo de un menor", etc. Se trata de un aprovechamiento de la circunstancia de "estar a solas" con un menor y en ausencia de su madre, como en este caso, y que el Tribunal admite y declara probado y lo fija como tal por su inmediación.

El Tribunal, para fijar ese hecho primero como probado, viene a continuación a realizar un esfuerzo de motivación que le compete, pero no lo realiza con el mismo detalle que respecto de los hechos ocurridos en Mayo de 2014, que son los que motivan la denuncia, y sobre los que sí el Tribunal lleva a cabo una valoración sumamente explícita.

Esta sala entiende que respecto a los ocurridos cuando la menor tenía 12 años se asume la fecha en que ocurre en el año 2010, pero no existe por el Tribunal una explicación razonada acerca de que además del abuso sexual que refiere la menor existiera concurrente el acto de la penetración; y en cualquier caso, para la admisibilidad del abuso sexual, que no acceso carnal en el primer hecho, debe admitirse:

1.- **Recuerda el lugar donde ocurre el hecho:** Loreto refirió que en esta ocasión cuando estaba jugando en su habitación con la videoconsola el acusado entró en su cuarto y tras bajarle los pantalones la penetró vaginalmente y le hizo daño provocándole un sangrado.

2.- Loreto primero lo cuenta a su madre pero luego se echó atrás, quizás al no ser creída: Señala el Tribunal que Loreto contó lo sucedido a su madre, que corroboró sus manifestaciones, si bien en esos momentos no le hizo caso, aunque se interesó por el acusado (luego tuvo sospechas de que lo que Loreto le dijo podía ser verdad) preguntando en el pueblo a una persona cercana que le dijo que no creía que Alejo hubiera abusado de Loreto. Es verdad que Loreto ante su madre se desdijo y ella misma lo reconoció en el juicio, pero explicó, convincentemente, que *se debió a que se sintió presionada y agobiada por su madre, en referencia a que le interpeló varias veces sobre si estaba segura y si era cierto, optando finalmente ante su persistencia en negar estos hechos.*

En efecto, el Tribunal razona debidamente sobre el proceso de convicción en cuanto a si la primera vez que lo cuenta le pusieron en duda su credibilidad, en la segunda ocasión en la que ocurren los hechos en lugar de decírselo a su madre se lo cuenta a las amigas del colegio.

Añade el Tribunal que la credibilidad viene apoyada, otra vez, en elementos de corroboración, tales como:

a.- *La declaración de su madre y*



b.- *La pericial forense* .

Pero la convicción de la Sala no es absoluta sobre el hecho de la penetración, aunque sí valora la credibilidad de que hubo abuso sexual, faltando en la agravación del hecho una corroboración suficiente y una motivación suficiente de que ese acto se cometió para permitir la agravación del hecho, más allá del abuso sexual. La ausencia de corroboración acerca de los elementos que llevan a la credibilidad de esa agravación no pueden hacer llevar al Tribunal a apreciar el hecho más grave en contra del reo sin motivación suficiente para ello que sí se explica y produce en torno a abusos sexuales.

SEGUNDO.- El Tribunal ha valorado tanto la prueba de cargo como la de descargo, y en cuanto a los motivos 2 y 3, relativo éste último a la presunción de inocencia, hay que señalar que este Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión, siendo fiel reflejo del criterio de la Sala la STS 143/2013 de 28 Feb. 2013, Rec. 10977/2012 en donde se recogen los aspectos fundamentales de ese derecho anclado en el art. 24.2 CE . Por ello, el examen de la cuestión planteada requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba para desvirtuar dicha presunción.

Así, lo que debe comprobar el Tribunal Supremo en estos casos es:

1.- Que el tribunal **ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia** , lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

2.- Se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la **constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal** , con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar **debe analizar el "juicio sobre la prueba"** , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, **se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"** , es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"** , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Pues bien, como hemos expuesto, dos son los hechos probados de los que se deriva la imposición de una condena por dos delitos:

1- Primer hecho constitutivo de delito de abusos sexuales con introducción, cometido sobre menor de trece años, agravado por padecer la menor un retraso mental débil y porque el abuso ha sido cometido cuando la menor estaba sola en su domicilio en compañía de su tío político que en esos momentos estaba alojado en casa de su padre hasta la llegada de su mujer procedente del extranjero, abusando de esa situación de ascendencia y confianza por parentesco afín.

2.- Y, otro de abusos sexuales con prevalimiento agravado, igualmente, porque las posibilidades de defensa de la víctima se vieron nuevamente disminuidas, no solo por su discapacidad y la edad, sino también porque estos segundos abusos se producen en la casa que estaba reformando el acusado, habiendo cerrado con llave la misma y siendo el agresor el tío político de la víctima y con quien su padre tenía confianza y ya antes había estado viviendo en su domicilio.



Frente al alegato del recurrente de que no hay prueba de cargo, o no se ha valorado debidamente la de descargo hay que reseñar no existe vulneración de la presunción de inocencia, porque hay prueba bastante, pero que contando con la declaración de la menor no existe una corroboración objetiva en cuanto al hecho de la penetración, siendo una circunstancia determinante para la convicción del Tribunal, que es quien tiene el privilegio de la inmediación, pero, pese a ello, como hemos expuesto, si se ha realizado un auténtico esfuerzo motivador en torno al segundo hecho de abuso sexual, no ocurre lo mismo con respecto al primero. Y no existe porque, evidentemente, se deben albergar serias dudas de convencimiento de que además de que existiera un abuso sexual, concurriera la penetración, que es lo que eleva la penalidad.

Cierto y verdad es que ambos actos cometidos son execrables y más realizados sobre una menor que, además, padece la minusvalía referida, pero en el proceso penal la convicción debe llegar al relato completo de los hechos, y debe actuarse en beneficio del reo si ese convencimiento no existe por pruebas que corroboren, además, las existentes en este tipo de casos. Y este Tribunal entiende que mientras que el propio Tribunal de instancia llegó al convencimiento claro y diáfano de los hechos ocurridos en mayo de 2014, no ocurre lo mismo en relación a la argumentación, que así se exigía, de la concurrencia de la penetración.

Con ello, falta esa convicción en relación a la necesidad de corroboración del acto que agrava la pena en el primer hecho, más allá de la pericial en unas circunstancias complicadas, dada la situación de la menor, y los problemas detectados, en la que el proceso de interrogatorio es complicado en aras a poder extraer lo vivido en hechos negativos, pero faltando un elemento corroborador concluyente que permita concluir que existió penetración.

Del informe médico se desprende que no se sabe si la menor había perdido la virginidad, y que de ser ciertos los hechos narrados por la menor al realizar una penetración un adulto le habría producido algún tipo de lesión.

En este caso concurría:

1.- Minusvalía reconocida a la víctima del 35%: " Loreto en el momento de los hechos contaba con la edad de 12 y 15 años, respectivamente. Se trata de una joven que padece un retraso mental leve y le ha sido reconocida administrativamente una minusvalía del 35%. Ello no obstante esta Sala pudo percibir que dicho retraso e inteligencia límite es perceptible por poco que se entre en conversación con ella. Y se manifestó claramente durante su exploración e interrogatorio. Las profesoras que tuvo en el Instituto de Binisalem en el que cursó sus estudios y especialmente la educadora que tuvo -psicóloga- la describieron como una estudiante muy ingenua, un poco infantil debido a su retraso, buena niña y muy comunicativa y de fácil relación, sin ningún episodio de mentira destacable, personalidad que pudo observar también este Tribunal con ocasión de la declaración vertida a su presencia y con la contradicción de las partes".

Este dato que el Tribunal pone de manifiesto es importante porque determina el aprovechamiento del autor del delito dadas las circunstancias de la víctima, y que, como luego veremos, exige un "interés protegible" en víctimas fácilmente victimizadas como pueden ser los menores en edad muy joven, o en casos como el que aquí nos ocupa en el que, además, existe una minusvalía, aunque veremos que no se pueden aplicar conjuntamente ara agravar la pena porque participan de la misma esencia. Ello conlleva que mantuviera en su momento el silencio y que el autor pudiera conseguir su objetivo de forma sencilla sin oposición por la menor, lo que incrementa la perversidad del acto.

2.- Comisión de los dos hechos de abusos sexuales.

" Loreto en su declaración, respecto a los hechos sucedidos el 14 de mayo de 2014, contó que una vez que su padre la hubo dejado en la plaza del pueblo de DIRECCION000 , después de venir de casa de su abuela en el coche con el acusado, lugar en el que también se apeó Alejo , se dirigió a comprar chuches al estanco de DIRECCION001 y que el acusado iba detrás de ella. Luego de comprar chuches el acusado la llevó hasta una casa que estaba reformando frente al Teatro del pueblo porque pensó que allí estaba su hijo pequeño, que denominó casa nueva y una vez allí Alejo cerró la puerta con llave y la colocó con las manos sobre una pared y le bajó los pantalones, haciendo él lo mismo y la intentó penetrar por detrás hasta en tres ocasiones sin conseguirlo, dejándola marchar. Según su versión salió corriendo de allí y cuando estaba a la altura del supermercado se encontró con la mujer de su padre quedándose con ella y entrando las dos en la tienda, para luego irse a su casa".

Lo mismo ocurre con respecto al hecho sucedido en primer lugar cuando contaba con 12 años de edad como se ha expuesto, pero, como hemos expuesto, frente a la amplia motivación del hecho ocurrido en el año 2014, no ocurre lo mismo con respecto al del año 2010, aunque sí en cuanto a llegar este Tribunal a la convicción de que existió un delito de abuso sexual.

Pese a las dificultades en obtener estas declaraciones el Tribunal llega a la más plena convicción por su inmediación que la menor dice la verdad en la forma en que ocurren los hechos en cuanto a los actos de abuso



sexual, como matizamos, y cuando se repiten en el año 2014 es cuando denuncia contándolo en el centro escolar.

3.- La menor se decide a denunciar los hechos. Los psicólogos forenses no aprecian que mienta.

" Loreto al día siguiente relató los abusos a dos amigas del Instituto (Rebeca y Amanda) y estas enseguida se lo contaron a la jefa de estudios (Florinda) y esta convocó a la tutora y a la orientadora de Loreto (Sonsoles y Berta) y las tres mantuvieron una reunión con la menor, la cual se mostraba en esos momentos muy alterada, compungida y nerviosa llegando en un momento dado a llorar, quien volvió a contar lo que le había pasado y posteriormente lo hizo, otra vez, en presencia de su madre y luego a su padre.

La versión que ofreció Loreto respecto a estos episodios de abusos nos transmitió **sensación de veracidad y de credibilidad, no solo a nosotros sino también a sus profesoras** (convinieron en que les pareció bien real lo que Loreto les hubo narrado, que no hacía comedia y que estaba muy bloqueada, dijeron), tanto desde el punto de vista subjetivo, y a este respecto es de significar que a pesar de que Loreto padece un retraso mental leve, **los psicólogos forenses no apreciaron en ella ni en su personalidad dato alguno que permitiera pensar que estuviera fabulando o inventándose los hechos, ni que se tratase de una persona fabuladora ni fantasiosa**, extremo que fue confirmado por sus profesoras y orientadora -psicóloga de formación-, como desde el punto de vista objetivo, en cuanto a la coherencia de su relato, dado que el encuentro con el acusado efectivamente se produjo -ambos se apearon del vehículo de su padre cuando los condujo desde la casa de su abuela, a la que acudió el acusado a realizar unos trabajos, hasta la localidad de DIRECCION000-, luego de allí Loreto se desplazó hasta el estanco a comprar chuques y la estanquera -salvo en la discrepancia de la hora, que perfectamente pudo haber sido debido a que en lugar de haber acudido Loreto al estanco en fin de semana, como tenía por costumbre, se trató de un día de diario, de ahí que si tuvo clase hubo de ser por la tarde cuando fue a la tienda- confirmó este extremo, así como que en un momento dado entró en el estanco el acusado, recordando que hizo el comentario a Loreto de si se iba a comprar toda la tienda y dijo estar totalmente segura de que mientras Loreto entró a la tienda, él se quedó fuera apoyado sobre un vehículo y dijo que mantenía una actitud de espera, aunque no supo decir si después se fueron juntos".

4.- **Corroboración con la mujer de su padre:** " El relato de Loreto concuerda también con el de la mujer de su padre: con el encuentro que ambas tuvieron en las inmediaciones del supermercado SYP, así como en el estado anímico que en esos momentos presentaba Loreto, a la que la mujer de su padre dijo haber visto que venía corriendo y que notó que no se quería separar de ella y que no quiso quedarse sola.

Después de salir las dos del supermercado (18:40 horas, según el ticket de caja), la mujer del padre relató que nada más llegar a casa Loreto se cambió de ropa y se puso el pijama, reparando en ese detalle porque ella era perezosa en eso y, cada día, tanto ella como el padre tenían que insistirle para que se cambiase y se pusiera el pijama.

Esa dinámica resulta llamativa y creemos que ahonda en la credibilidad de la versión que ofreció Loreto. Esa forma de proceder, al cambiarse de ropa nada más llegar a su casa, en contra de lo que tenía por costumbre, podía deberse a que se sentía sucia después del encuentro sexual que mantuvo con el acusado y al haber tenido lugar éste en contra de su voluntad.

La madre y las profesoras de Loreto al ser preguntadas por sus hábitos y personalidad refirieron que era una niña a la que no se le conocía relaciones afectivas con otros chicos y la madre confirmó este dato".

El Tribunal valora, pues:

- a.- La declaración de la menor.
- b.- Los psicólogos forenses en cuanto a que la menor no fabula sobre esos hechos.
- c.- Corroborado por la mujer de su padre.
- d.- Credibilidad, también, para las profesoras de la menor.
- e.- La menor se cambia de ropa nada más llegar a casa tras suceder el hecho segundo, algo que llamó la atención de una acción que no llevaba a cabo al llegar a casa, pero sería motivado por el acto sexual que acababa de sufrir de nuevo por parte de la misma persona, además.
- f.- Hay que destacar que, pese a que en el recurso se alegue el dato de que sean las amigas de la menor las que cuenten a la tutora, y jefa de estudios los hechos entra dentro de la praxis normal en este tipo de casos en los que las víctimas menores se niegan a exteriorizar el mal que están sufriendo por personas que, además, están en su círculo familiar más cercano, lo que hace, si cabe, más cruel este tipo de casos. Pero ello no merma la credibilidad de a menor.



Pero en este caso no se trata de que se le dé mayor rango de credibilidad a la menor por el hecho de serlo y, además, por tener una minusvalía. Pero sí es un dato a tener en cuenta en el proceso valorativo. El Tribunal no aprecia que altere la verdad y le otorga plena credibilidad junto con el material probatorio antes citado, aunque en el punto referido al hecho primero y el acceso carnal a este Tribunal le falta una auténtica convicción que provoca la propia ausencia de motivación en cuanto a este extremo concreto, a diferencia del detalle de motivación del hecho segundo.

No se trata, tampoco, de conceder una fe ciega, ilógica, a los testimonios infantiles, ni tampoco de que la única prueba se sustente sobre la base del testimonio infantil, al ser una prueba demasiado frágil en sí misma, sino que el Tribunal relaciona esta con las que cita el recurrente pero se decanta por las de cargo fundamentándolo así.

Se ha efectuado en estos casos una relación entre la edad de las víctimas en estos casos y las declaraciones testificales, expresando la doctrina su «preocupación» por la veracidad y precisión de los testimonios. Es decir, que donde se ponía el acento, y se sigue haciendo en algunos aspectos, en el estudio del menor es en el análisis de la viabilidad en las posibilidades valorativas del testimonio, cuando en determinados delitos en los que no existen rasgos externos de agresión sexual que pueda ser objetivada con un parte del médico forense la única prueba directa que nos podemos encontrar es la de la declaración del menor o menores que fueron víctimas de los abusos sexuales; declaración que podrá venir acompañada en el periodo de práctica de la prueba por la declaración del perito o peritos que emitieron un informe en el que analizaban la veracidad o inveracidad de sus declaraciones en la denuncia inicial que dio lugar a la incoación del proceso penal, así como por los testigos de referencia que podrían ser familiares a los que los menores les contaron en su momento los hechos de los que fueron víctimas. Es decir, que no se trata, como se ha expuesto, de que se constituya la declaración del menor en el proceso penal como una prueba única y de cargo que sea determinante de una condena o absolución, sino que es el conjunto de las pruebas que se practican en este tipo de procesos las que llevarán al ánimo del tribunal a valorar si se ha enervado, o no, la presunción de inocencia, pero sin que no podamos exigir, también pruebas de corroboración que se atemperarán según cada caso, no pudiendo realizarse pronunciamientos generales, sino que es preciso ir analizando caso por caso, como hemos llevado a cabo en el presente.

Esta Sala del Tribunal Supremo ya ha señalado, por ejemplo, STS/2ª de 9 de enero de 2013, nº 19/2013, que "El enjuiciamiento de los agresores sexuales de la infancia no degrada el nivel de exigencia de las garantías propias del proceso penal. Cuestión distinta es que la presencia de otros valores también protegidos constitucionalmente, lleve al órgano decisorio a un esfuerzo de ponderación para que, sin sacrificar aquellos derechos, acomode su significado a las singularidades del caso concreto".

Así, para que pueda producirse una condena basada en el testimonio del menor, primero tendrá que practicarse con las necesarias garantías de contradicción y, segundo, ese testimonio tiene que convencer al tribunal. El debate no debe enfocarse como un conflicto de derechos entre los del menor y los del acusado. Se trata de conciliar los derechos que tiene el menor a que su comparecencia en juicio sea adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, preservando su intimidad y evitando su victimización secundaria, con los necesarios derechos y garantías procesales de que goza todo sospechoso o acusado, inherentes a la idea misma del Estado de Derecho y que no pueden ser desconocidos.

Y aunque los delitos contra la libertad sexual que afectan a menores merecen un especial reproche moral y social, no por ello se va a prescindir del derecho a la presunción de inocencia, o que con prueba endeblemente construida éste derecho vaya a decaer. El Tribunal debe realizar un especial y específico esfuerzo de expresión y motivación sobre la prueba practicada, tanto por la declaración del menor, como de aquellos elementos probatorios que lo corroboran y hacen llegar al Tribunal la certeza de que los hechos ocurrieron como el menor narra, apreciando el conjunto del material probatorio.

Con ello, aunque se trate de menores de edad como víctimas, el derecho a la presunción de inocencia se extiende a constatar si la condena de la sentencia de instancia se fundamenta en:

- a) Una prueba de cargo suficiente referida a todos los elementos esenciales del delito.
- b) Una prueba constitucionalmente obtenida, es decir, que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, que no se haya obtenido directa o indirectamente con vulneraciones constitucionales.
- c) Una prueba legalmente practicada, lo que supone analizar que se haya respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba, y
- d) Una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que el razonamiento lógico desde la prueba al hecho probado pueda resultar ilógico, irrazonable o insuficiente.



El recurrente cuestiona la valoración probatoria haciendo mención a la declaración de la madre de la menor, cuestiona también los testimonios de referencia, o que la pericial de Luis Alberto se realizó únicamente en relación a los hechos ocurrido en el año 2014, no en relación a los hechos del 2010 o 2005, según menciona el recurrente, restando valor a la pericial psicológica entendiendo que es la opinión de alguien que la emite y manifiesta dudas acerca de la persistencia en la incriminación.

Sobre los hechos ocurridos en segundo lugar señala el Tribunal que "Sucede, además, que Loreto situó estos abusos en el domicilio del acusado, el cual estaba reformando y por eso le llamó la casa nueva, y en fase de instrucción describió el estado y disposición de dicha casa y los detalles que aportó se corresponden, en esencia, con la inspección que de la vivienda realizó la Guardia Civil. En el juicio recordó haber ofrecido estos detalles a la juez de instrucción, e incluso que elaboró un pequeño dibujo hecho por ella misma, al tiempo que describía la disposición del piso y el mobiliario que allí había".

Respecto de la testigo propuesta por la defensa que podría evitar la convicción de que el segundo hecho hubiera ocurrido por estar con ella, o haberle visto, el Tribunal descarta que esa testigo impidiera creer a la menor señalando que "Resulta innegable que esta testigo coincidió con el acusado en su casa, pero aun así es perfectamente posible que Alejo acabase en ese mismo momento de llegar a su casa después de haber estado con Loreto en la vivienda nueva. El padre de Loreto dijo que los dejó en el pueblo alrededor de las seis de la tarde, pero sin asegurar que fuera exactamente esa hora, debiendo de tener en cuenta que los hechos ocurren en una pequeña localidad en la que no hay apenas distancias. La plaza está cerca del estanco y de allí a la casa del acusado, situada frente al Teatro, hay solo unos minutos, por lo que es posible que el acusado hubiera tenido tiempo para llevar a Loreto a su casa y para abusar de ella y luego regresar a la suya a tiempo de estar allí la testigo, pues Loreto describió la situación como un episodio rápido, sin ningún tipo de prolegómeno, también dijo que el acusado solo intentó penetrarla sin conseguirlo, pero que la dejó ir ante su insistencia de que tenía que estudiar porque tenía un examen, todo lo cual tuvo que discurrir en un corto espacio de tiempo. Eso posibilita que cuando la testigo llegó a casa del acusado acabase de llegar y por eso todavía llevaba puesto la ropa de trabajo y fue el propio acusado el que le abrió la puerta sin apenas tardanza".

Esta motivación es correcta, por cuanto se construye basando la posibilidad temporal de que ante la rapidez con la que ocurrieron los hechos que no llegó a materializar como una penetración quedando en abusos, lo cierto es que no destruye la probanza que el Tribunal entiende concurrente enervando la presunción de inocencia.

TERCERO.- En cuanto al motivo relativo al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de ley, por aplicación indebida de los artículos 183.1, 183.3 y 183.4 a del Código Penal.

Y al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de ley, por aplicación indebida de los artículos 183.1, 183.3 y 183.4 a del Código Penal tras la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio e inaplicación indebida de los artículos 181.1 y 2 del Código Penal vigente en el momento de los hechos (LO 10/1995 de 23 de noviembre).

Señala el recurrente que la agravante de superioridad por parentesco no se puede aplicar este subtipo con base en la superioridad cuando esta circunstancia ha sido ya tenida en cuenta para subsumir la conducta en el apartado tercero (STS 140/2004 de 9 de febrero.), de lo contrario nos encontraríamos ante una vulneración del principio non bis in idem pues se estaría castigando dos veces la misma conducta.

Hay que precisar diversas circunstancias que deben ser estimadas:

1.- Que no puede apreciarse la circunstancia agravante de parentesco, dado que se refiere el hecho probado a la circunstancia de estar casado el procesado con la hermana de la pareja sentimental de su padre, lo que no eleva esta circunstancia a la categoría de parentesco, y por ello debe ser rechazada la agravación por parentesco.

2.- Que **respecto del primer hecho**, no existe penetración, por lo que los hechos deben calificarse con arreglo a la LO anterior a la reforma por LO 5/2010, con relación al hecho ocurrido cuando la menor contaba con 12.

En efecto, como señala la Fiscalía, el relato histórico, tras señalar que la víctima había nacido "el NUM001 de 1998 ...", fija la época en que tuvo lugar el acceso carnal "... en todo caso cuando la menor contaba 12 años de edad y estaba cursando entonces 1º curso de la ESO ...". La relativa indeterminación en la data de los hechos y la fecha en que entró en vigor la reforma del CP operada por LO 5/2010 (23-10-2010) provoca que surja una duda razonable respecto de la aplicación de la renovada normativa, más grave, dado que la menor contaba 12 años a partir del NUM001 de 2010 y en el último trimestre de dicho año cursaba del mismo modo el curso 1º de la ESO. En otras palabras, el hecho probado deja abierta la posibilidad de suceder con anterioridad al 23-10-2010 lo que determina, indefectiblemente, la aplicación de la normativa en vigor con anterioridad a dicha fecha.



Es acertado, por ello, considerar que han de aplicarse los preceptos entonces en vigor. Y por ello se aplica el art. 181 CP en la redacción vigente a los hechos que señala que:

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

Sin embargo, en este caso no puede aplicarse, además, la agravación de que cometió el hecho prevaliéndose de la superioridad, lo que nos llevaría al apartado 4º del art. 181 CP en relación con la circunstancia nº 4 del art. 180 CP :

No se pueden aplicar conjuntamente la superioridad, la minusvalía y la minoría de edad, ya que ésta última se ha tenido en cuenta para entender que n hay consentimiento y deriva al art. 181.1 CP .

Con ello, concurren el art. 181. 1 y 2 CP , dado que la menor tenía 12 años y se aplica la penalidad del apartado 1º, por lo que no se puede vulnerar el principio de prohibición del non bis in ídem, dado que concurren múltiples factores en razón a la menor edad de 13 años, el prevalimiento, y la situación de minusvalía en la víctima, que quedaría embebido en el aprovechamiento que ya se tiene en cuenta por cometer el hecho con menor con 12 años de edad, lo que lleva a ajustar la penalidad en la máxima de 3 años, dado que aplicando el art. 66 CP , que señala que *Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho .*

Por ello, sin aplicar la agravación del art. 180 antes vista, la vía del art. 66 CP nos permite apreciar la especial gravedad de los hechos cometidos en torno a la credibilidad de que el recurrente perpetró con la menor abusos sexuales, aunque sin penetración, por no existir absoluto convencimiento de que el resultado probatorio nos lleva a esa convicción. El hecho primero probado en estos términos es suficientemente grave para llevarnos a una penalidad de tres años de prisión, que es la máxima por las circunstancias concurrentes de tratarse de una menor, con una importante minusvalía, y la situación de aprovechamiento de la que se prevale el recurrente para llevar ese primer acto que va ínsita con la minoría de edad y la minusvalía de la víctima, circunstancias de perversidad en el aprovechamiento de la víctima, que nos llevan a aplicar la pena en la de 3 años de prisión por esa gravedad referida en menores de edad de 13 años, con las circunstancias tan negativas para el futuro de los mismos y el desarrollo de su personalidad, lo que en el terreno de la responsabilidad civil ha llevado al Tribunal con acierto a fijar el daño moral.

3.- Que respecto del segundo hecho. Se trata de un acto de abuso sexual que lleva a aplicar el art. 181. 1 y 2 CP de la fecha de los hechos en el año 2014, es decir, la legislación vigente anterior a la LO 1/2015, en cuanto a abusos sexuales no consentidos por concurrir con persona con la minusvalía declarada probada. Pero esta circunstancia nos llevaría a considerar que se aplica el Artículo 181.1 y 2 CP que señala que:

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

No se aplicaría el apartado 5º que nos llevaría al art. 180.1 3 º y 4º CP , por cuanto si utilizamos la minusvalía para integrar el abuso sexual no consentido no podemos además añadir la agravante del prevalimiento por el abuso por esta circunstancia, porque supondría vulnerar la prohibición del non bis in ídem, y, obviamente, el parentesco que ya se rechazó anteriormente, porque el lazo familiar no conlleva la aplicación de esta agravante.

Este escenario nos lleva a imponer la pena de dos años de prisión, en el arco de la pena permitida, frente a la de 3 años de prisión por el primer hecho, dada la fecha en la que el primero se perpetró con 12 años con casi cuatro años menos por la vía del art. 66.6º CP . Se entiende que es justa y adecuada esta determinación de la pena por los dos hechos en base a las circunstancias concurrentes y la perversidad que supone estos ataques a la indemnidad sexual de los menores, y en este caso concurriendo una situación de minusvalía que agrava el hecho, pero que la concurrencia de las circunstancias conlleva una individualización judicial de la pena ajustada a las penas de 3 y 2 años de prisión en cada caso temporal más las penas accesorias ya fijadas en la sentencia que se mantienen, la libertad vigilada y el concepto de la responsabilidad civil.



QUINTO.- Al amparo de lo establecido en el artículo 849.2 de la LRCrim, por infracción de ley, error en la apreciación de la prueba pericial médica, basado en el documento obrante al Folio 27 de las actuaciones consistente en el Informe médico emitido en fecha 16 de mayo de 2014 por la Doctora Carolina , que determina que en dicha fecha, es decir, cuatro años más tarde de la supuesta "penetración", no se puede asegurar integridad himenal de la menor Loreto , ni tampoco lesiones en genitales externos, ni en la zona anal. Por lo tanto, lo anterior contradice la versión de la denunciante y excluye el hecho que la menor hubiera sido penetrada por mi patrocinado. Por lo tanto, los hechos no serían constitutivos de un delito de abusos sexuales con penetración de los artículos 183.1 , 183.3 . y 183.4 a del Código Penal .

En efecto, este motivo se estima como antes se ha reseñado pero manteniendo, como ya se ha mencionado, la existencia del abuso sexual, por lo que se estima parcialmente.

SEXTO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por infracción de ley, por aplicación indebida de los artículos 183.1 , 183.3 . y 183.4 a del Código Penal tras la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio e inaplicación indebida de los artículos 181.1 y 2 del Código Penal vigente en el momento de los hechos (LO 10/1995 de 23 de noviembre).

Con respecto a este motivo nos remitimos a lo resuelto con ocasión de los motivos anteriores manteniendo sendos delitos de abusos sexuales, por aplicarse la regulación contenida en el texto penal vigente a la fecha de los hechos antes de la reforma por la LO 5/2010, lo que lleva a una fijación de la pena del primer hecho conforme a la legislación anterior a la reforma del año 2010 y conlleva la inexistencia del acceso carnal por la valoración del informe médico y la falta de convicción ya expuesta respecto del hecho de la penetración. Y la pena de dos años de prisión por el segundo hecho conforme se ha expuesto.

SÉPTIMO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por infracción de ley, por inaplicación indebida del artículo 131 del código Penal vigente en el momento de los hechos, respecto de los hechos ocurridos en el año 2010 cuando la menor tenía 12 años, habiendo transcurrido con creces el plazo de prescripción de tres años, por lo que procedería declarar extinguida la responsabilidad criminal que en su caso pudiera corresponder a mi patrocinado por estar prescrito el delito.

Debe desestimarse el motivo, dado que en el art. 132 CP señala que los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

Por ello, el motivo se desestima.

OCTAVO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por infracción de ley, por inaplicación indebida del artículo 21.6 del código Penal vigente en el momento de los hechos, al concurrir la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

Con respecto a este motivo se recoge en la sentencia que esta alegación "lo hizo sin haber modificado previamente sus conclusiones ni ofrecida relación fáctica de los periodos de tiempo en que se produjeron paralizaciones o retrasos significativos. Con todo, la aplicación de la atenuante invocada resulta de todo punto inane, toda vez que la pena ha sido fijada en el mínimo imponible, estimando con ello ya suficiente reproche".

No obstante, hay que precisar que, como señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 416/2013 de 26 Abr. 2013, Rec. 10989/2012 "la obligación de denunciar las dilaciones indebidas con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado. En primer lugar, porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de la inactividad procesal. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE sin otras condiciones que las que provienen de su propia naturaleza (SSTS 1497/2002, de 23-9 ; 705/2006, de 28-6 ; 892/2008, de 26-12 ; 269/2010, de 30-3 ; y 590/2010, de 2-6)".

No obstante, lo que se plantea es un retraso en denunciar la parte, no un retraso procedimental del órgano judicial que le haga acreedor al recurrente a una rebaja punitiva, siendo descartable esta alegación por cuanto lo que plantea se refiere al instituto de la prescripción y no al de las dilaciones indebidas, y más en concreto a la prescripción del delito, tema que ya ha sido tratado con relación al motivo nº 8 y al que nos remitimos. Consta en el motivo que "se denuncia la dilación indebida desde el momento de los hechos hasta que el procedimiento se dirige contra mi mandante, habida cuenta el tiempo transcurrido desde la fecha de ocurrencia de los hechos (2005 o 2010) hasta la interposición de la denuncia en mayo de 2014". Pero el concepto de dilaciones indebidas es procedimental.



Por ejemplo, como citamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo ya citada 416/2013 de 26 Abr. 2013 "en cuanto a las causas del retraso a ponderar para la aplicación de la atenuante, la jurisprudencia ha señalado que "ni las deficiencias organizativas ni el exceso de trabajo pueden justificar, frente al perjudicado, una dilación indebida" (SSTS 1086/2007 ; 912/2010 ; y 1264/2011 , entre otras; STEDH 20-3-2012, caso Serrano Contreras c. España). Por último, y en lo que concierne al cómputo del plazo razonable, comienza a correr cuando una persona es imputada formalmente y finaliza con la sentencia que pone fin a la causa (SSTEDH de 17 de diciembre de 2004, caso Pedersen y Baadsagaard c. Dinamarca ; 13 de noviembre de 2008, caso Ommer c. Alemania ; y 11 de febrero de 2010, caso Malet c. Francia ; y SSTS 106/2009, de 4-2 ; 326/2012, de 26-4 ; 440/2012, de 25-5 ; y 70/2013, de 21-1)".

Vemos, pues, que se habla de cuestiones atinentes al "funcionamiento del órgano judicial en cuanto a la tramitación" y al "plazo razonable" para tramitar un procedimiento", por lo que el retraso en denunciar no es dilación indebida, ya que la víctima tiene derecho a denunciar mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción que el texto penal señala para el delito de que se trate. Pero ello no se puede mezclar con la dilación indebida que es una circunstancia modificativa de responsabilidad criminal por el transcurso procedimental.

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental **a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas**, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva (SSTC 177/2004 y 153/2005). Por ello, vemos que no se trata de un retraso en denunciar, sino procedimental. Además, es sabido que en este tipo de casos suelen existir notables retrasos en denunciar motivados en casos de abusos sexuales a menores en el miedo de los propios temores a contar lo que les está ocurriendo, nada menos que con un familiar o persona cercana que vive con ellos, el desconocimiento que existe en menores a edades tempranas de lo que está pasando, ante la absoluta ignorancia de lo que es un acto sexual, etc. Se trata de circunstancias o elementos que impiden en la mente de los menores proceder a contar lo ocurrido, por lo que si esta denuncia se verifica en plazo la consecuencia es que el delito no ha prescrito, no que exista una dilación indebida por la connotación procesal del término "dilación".

El motivo se desestima.

DÉCIMO .- Ante la estimación parcial del recurso por la exposición propia del Fiscal, las costas se declaran de oficio (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley, con estimación parcial de los motivos cuarto, quinto, sexto y séptimo y desestimación del resto, interpuesto por la representación del acusado **D. Alejo** ; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, de fecha 8 de noviembre de 2017 , en causa seguida contra el mismo por delitos de abusos sexuales. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10075/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.



D. Andres Martinez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 4 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 58/16, dimanante del Procedimiento Sumario nº 6/15, del Juzgado de Instrucción nº 3 de Inca, seguido por delitos de abusos sexuales, contra **Alejo**, mayor de edad, en libertad por esta causa de la que estuvo privado 2 días, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 8 de noviembre de 2017, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar al acusado por el primer hecho ocurrido en el año 2010 como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual tipificado en los arts. 181.1 y 2 del C.P. vigente con anterioridad a la reforma del C.P. por LO 5/2010 a la pena de 3 años de prisión y accesorias impuestas y por el hecho segundo se le condena como autor de un delito de abusos sexuales según la legislación vigente al momento de los hechos en Mayo de 2014 por aplicación de los arts. 181.1 y 2 CP a la pena de 2 años de prisión y las de prohibición de aproximación y comunicación por plazo superior en 5 años a la pena impuesta vía 57.1 CP y medida de libertad vigilada impuesta; sin la concurrencia de circunstancias modificativas, manteniendo la responsabilidad civil fijada en sentencia con intereses y sin imposición de costas de esta instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos condenar y condenamos a D. Alejo por el primer hecho ocurrido en el año 2010 como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual tipificado en los arts. 181.1 y 2 del CP vigente con anterioridad a la reforma del CP por LO 5/2010 a la pena de 3 años de prisión y accesorias impuestas y por el hecho segundo ocurrido en el año 2014 se le condena como autor de un delito de abusos sexuales según la legislación vigente al momento de los hechos en Mayo de 2014 por aplicación de los arts. 181.1 y 2 CP a la pena de 2 años de prisión y las de prohibición de aproximación y comunicación por plazo superior en 5 años a la pena impuesta vía 57.1 CP y medida de libertad vigilada impuesta; sin la concurrencia de circunstancias modificativas, manteniendo la responsabilidad civil fijada en sentencia con intereses sin costas de esta instancia.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

Vicente Magro Servet