

Roj: STS 2445/2017 - **ECLI:**ES:TS:2017:2445

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 10105/2017

Nº de Resolución: 454/2017

Fecha de Resolución: 21/06/2017

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: ANA MARIA FERRER GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 454/2017

Fecha de sentencia: 21/06/2017 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P) Número del procedimiento: 10105/2017 P Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial Fecha de Votación y Fallo: 07/06/2017 Ponente: Excma. Sra. D.ª Ana María Ferrer García Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Sección 2ª Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández Transcrito por: IMS Nota:

Resumen

Testimonio de menores víctimas de delitos contra su indemnidad sexual. Se excedió la Sala sentenciadora al integrar el contenido incriminatorio de esos testimonios con retazos de las manifestaciones que en distintos momentos, y en el curso de las diferentes intervenciones a las que fueron sometidos los niños, terapéuticas unas y netamente periciales otras, hicieron a las profesionales que los evaluaban o trataban. Fueron manifestaciones obtenidas siguiendo los estándares de su específica disciplina, e idóneas para sustentar, una vez interpretadas con arreglos a criterios empíricos, las conclusiones de las profesionales que las escucharon. Pero en cuanto obtenidas al margen del proceso, de los principios que rigen el mismo y sin posibilidad alguna de contradicción, no puede atribuírseles fuerza incriminatoria propia, ni respaldarse como acordes a los estándares legales

y constitucionales a los que la prueba de cargo debe ajustarse. Ni tan siquiera como testimonios de referencia, cuyo valor probatorio es residual, admitido en supuestos muy específicos y en todo caso supeditados a la imposibilidad de obtención de los testimonios directos, de los que aquí sí disponemos. Por relevante que sea el bien jurídico que pretenda tutelarse, y la indemnidad sexual de los menores lo es, no puede justificar que se cercenen las garantías del proceso. La vulnerabilidad de las víctimas en estos casos puede justificar algunas limitaciones de la publicidad en sus intervenciones o el que en su interés se excepcione el principio general de que la prueba de cargo haya de practicarse en el acto del juicio oral, facultando la incorporación al plenario de prueba preconstituida obtenida con respeto al principio de

contradicción. Pero lo que no justifica es el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Se aprecian dilaciones indebidas. Duración del procedimiento 7 años y 6 meses hasta el juicio en la instancia y tres periodos de paralización total de 9, 5 y 11 meses.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10105/2017 P Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Penal Sentencia núm. 454/2017

Excmos. Sres. y Excm. Sra. D. José Ramón Soriano Soriano D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Andrés Palomo Del Arco D.^a. Ana María Ferrer García D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 21 de junio de 2017. Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional, interpuesto por D. Gregorio D. Isidoro, representados por el procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover, bajo la dirección letrada de D. Jaime Campaner Muñoz, contra la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2^a Rollo 17/15). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y D.^a. Noemirepresentada por el procurador D. Xim Aguiló Cáceres de Planas y bajo la dirección letrada de D. Bartolomé Salas Seguí. Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 3 de los de Palma de Mallorca, incoó sumario con el número 19/10 contra D. Gregorio D. Isidoro, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2^a, rollo 17/15) que, con fecha 20 de septiembre de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

« Son hechos probados, y así se declara expresamente, que los acusados, Gregorio, en adelante el padrino, mayor de edad, en cuanto nacido el NUM000de 1.977, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa dos días, y Isidoro, en adelante Chipiron, mayor de edad, en cuanto nacido el NUM001de 1.983, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa dos días, que eran pareja sentimental, aprovechando las ocasiones en las que ambos permanecían a solas gracias a su relación de parentesco, así como la gran diferencia de edad, con los menores Sandra. y Eusebio, de 4 y 6 años respectivamente, en cuanto nacidos el NUM002de 2.004 y el NUM003de 2.002, y sobrinos carnales del primero de los acusados, desde por lo menos aproximadamente septiembre de 2.008 y hasta enero de 2,009, y bajo el pretexto de jugar a médicos, con objeto de satisfacer su deseo sexual, realizaron entre otros, los siguientes actos: Gregoriotocó a Eusebio. en sus genitales y ano, llegándole incluso a introducir el dedo en el ano; ambos acusados obligaron a Eusebio. a mantener relaciones sexuales con su hermana Sandra., mientras ellos lo presenciaban; realizaron fotografías desnuda a Sandra., mientras le ponían una bolsa de basura por la cabeza; obligaron también a Sandra. a presenciar como ellos mantenían relaciones sexuales y tocaron a ésta tanto en el ano como en sus genitales, igualmente, Isidoro, junto con Gregorio, obligaban a Eusebio. a que les chupase el pene y después eyaculaban sobre él y también le tocaban den dicha zona.

Como consecuencia de lo anterior y desde 2.009, los menores están en tratamiento psicológico, primero en España, y ahora en Alemania, a donde se trasladaron a vivir con su familia, entre otros motivos, por recomendación médica. El coste del tratamiento ha supuesto a la madre de los menores, Noemi, que lo ha venido sufragando, la suma de 2.530,21 euros, 20% del coste total, que le ha sido reintegrado en un 80% por la Seguridad Social alemana. La perjudicada no reclama, aunque no ha renunciado expresamente. Los acusados han consignado la cantidad de 6.000 euros.»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: «QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Gregorio, ya circunstanciado, como autor criminalmente responsable, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante de reparación del daño, de un delito continuado de abusos sexuales, con acceso carnal y abuso de relación de superioridad, en grado de consumación, ya definido, en la persona de Eusebio., a la pena de PRISIÓN DE NUEVE AÑOS, que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público durante el tiempo de la condena, prohibición de que se

aproxime a la víctima, M., o que comunique con él, por cualquier medio, por plazo de diez años. Y DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Isidoroy a Gregorio, ya circunstanciados, como autores criminalmente responsables, el primero de ellos de dos delitos continuados de abusos sexuales, ya definidos, y el segundo de un delito continuado de abusos sexuales, igualmente definido, con la concurrencia en todos los casos de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante de reparación del daño, con abuso de relación de superioridad, en grado de consumación, a las penas, por cada delito y para cada uno de los responsables, de dos años, seis meses y un día de prisión, que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público durante el tiempo de la condena, prohibición de que se aproxime a las víctimas o que comunique con ellas, por cualquier medio, por plazo de diez años. En materia de responsabilidad civil, ambos acusados indemnizarán a la madre de los menores, Noemien la suma de doce mil euros, que devengará los intereses del artículo 576 LEC desde la fecha de esta resolución hasta su completo pago. Se impone a los procesados el abono de las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular, debiendo responder cada uno por mitad.»

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional, por la representación de D. Gregorio y D. Isidoro, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala 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 de los recurrentes D. Gregorio y D. Isidoro se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:****1º.-** Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, reconocido en el artículo 24.1 CE. **2º.-** Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 CE. **3º.-** Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE. **4º.-** No se formaliza. **5º.-** No se formaliza. **6º.-** Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas reconocido en el artículo 24.2 CE. **7º.-** Al amparo

del artículo 849.1 LECrim, por infracción de ley. Indebida inaplicación del artículo 21.6 CP. **8º.-** Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE en relación con los artículos 120.3 de nuestra lex suprema, así como 66.1.1ª y 72 CP.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 7 de junio de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia el 20 de septiembre de 2016 por la que condenó a D. Gregorio como autor de un delito continuado de abusos sexuales, con acceso carnal y abuso de relación de superioridad a la pena de 9 años de prisión y a D. Isidoro como autor de dos delitos continuados de abusos sexuales y a D. Gregorio como un delito continuado de abusos sexuales a las penas por cada delito de dos años, seis meses y un día de prisión, con la apreciación de la atenuante de reparación del daño.

La Sala sentenciadora en síntesis declaró probado que entre los meses de septiembre de 2008 y enero de 2009 los acusados D. Gregorio y D. Isidoro, conocido como Chipiron, nacidos respectivamente en 1977 y en 1983, eran pareja sentimental. La relación de parentesco que el primero de ellos tenía con los hijos de su hermano, la niña Sandray el niño Eusebio de 4 y 6 años de edad en cuanto que nacidos respectivamente en abril de 2004 y en marzo de 2002, quienes le llamaban "padrino", propició que ambos acusados que compartían domicilio, pudieran quedarse a solas con los niños. En estas ocasiones aprovecharon el ascendiente que por razón del parentesco y la diferencia de edad ejercían sobre los pequeños y, con la excusa de jugar a los médicos, les hicieron objeto de diversos tocamientos, entre otros: Gregorio tocó a Eusebio los genitales y el ano, llegándole incluso a introducir el dedo en éste último; ambos acusados obligaron también a Eusebio a mantener relaciones sexuales con su hermana, mientras ellos lo presenciaban; realizaron fotografías desnuda a la niña mientras le ponían una bolsa de basura por la cabeza; también obligaron a presenciar como ellos mantenían relaciones sexuales y tocaron a ésta tanto en el ano como en sus genitales. Igualmente, Isidoro y Gregorio obligaban al chico (Eusebio) a que les chupase el pene para después eyacular sobre él, al que también tocaban en dicha zona.

Como consecuencia de lo anterior y desde 2009, los menores están en tratamiento psicológico que ha sufragado su madre en 2.530,21 euros, 20% del coste total, y el resto la Seguridad Social alemana.

Los acusados han consignado la cantidad de 6.000 euros.

Los acusados D. Gregorio y D. Isidoro interpusieron recurso de casación que ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular y que pasamos a analizar.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso, al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, denuncian vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial

efectiva sin indefensión, reconocido en el artículo 24.1 CE.

Sostiene el recurrente que la decisión de la Sala sentenciadora no estuvo suficientemente motivada, que no ponderó con rigor la prueba de descargo y que en lo que afecta a la de cargo, abdicó de su función jurisdiccional, permitiendo que fueran los «distintos profesionales» (psicólogos) quienes valoraran el testimonio de los menores.

El derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene su asiento en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada en Derecho. Es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una resolución o pronunciamiento debidamente fundado en Derecho.

En lo que se refiere a la falta de motivación de la prueba esta Sala tiene establecido, que la sentencia debe contener la suficiente motivación no sólo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se

contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a cualquier punto jurídico del debate y de las peticiones de las partes. Y también se ha recordado que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por lo cual, la obligación de motivar - como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa. De suerte que una sentencia cuya decisión esté fundada en el análisis sólo de la prueba de cargo o de la de descargo no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (SSTS 485/2003 de 5 de abril; 540/2010 de 8 de junio; 1016/2011 de 30 de septiembre; 249/2013 de 19 de marzo; 63/2016 de 8 de febrero; o STS 859/2016 de 15 de noviembre).

Ahora bien, también hemos señalado que el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones de las partes, bastando con la que se dé a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (SSTS 744/2015 de 24 de noviembre y 829/2016 de 3 de noviembre).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que el control que le corresponde realizar sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (STC 242/2005 de 10 de octubre; 187/2006 de 19 de junio; 148/2009 de 15 de junio y 172/2011 de 19 de julio).

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al análisis de la prueba como proceso específico y diferenciado, señala, por ejemplo en la STC

139/2000, de 29 de mayo, que «los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados», que es lo que permite examinar «la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC 220/1998 de 16 de noviembre;117/2000 de 5 de mayo) (...) al efecto de verificar si el razonamiento empleado en la valoración probatoria ha sido o no arbitrario, irracional o absurdo (SSTS 140/1985 de 21 de octubre;169/1986 de 22 de diciembre;44/1989 de 20 de febrero;283/1994 de 24 de octubre;49/1998 de 2 de marzo), o si los criterios empleados conculcan o no valores, principios o derechos constitucionales (SSTC 47/1986 de 21 de abril;63/1993 de 1 de marzo), o si se ha dejado de someter a valoración la versión del inculpado o la prueba de descargo en el juicio oral (SSTC 145/1985 de 28 de octubre;151/1990 de 19 de octubre) o, más simplemente, si ha faltado toda motivación acerca de los criterios que han presidido la valoración judicial de la prueba (SSTC 174/1985 de 17 de diciembre;41/1991 de 25 de febrero;283/1994 de 24 de octubre, por todas)».

TERCERO.- En el caso que nos ocupa la sentencia al analizar la prueba aludió a las declaraciones de las víctimas, que el Tribunal consideró creíbles una vez escrutadas desde el triple prisma de valoración marcado por esta Sala; a la testifical de sus progenitores; y profusamente a las distintas periciales que de uno y otro modo pudieron arrojar luz sobre la experiencia vivida por los niños. Y las confrontó con las declaraciones de los acusados que negaron con insistencia no solo los hechos, sino también el que se hubiera producido la situación que los propiciara, el testimonio exculpatorio de la madre de uno de ellos, a la vez abuela de los niños, así como el de otros familiares que testificaron.

El que la Sala sentenciadora haya otorgado valor probatorio a la prueba de cargo desplaza la eficacia de la de descargo cuando, como en este caso, es incompatible de plano con aquella, lo que sin embargo no implica un déficit de motivación.

La sentencia recurrida analiza la prueba de cargo, rechaza la versión de descargo y explica dónde sustenta sus conclusiones respecto a los hechos probados. Cumple en principio con los presupuestos que respecto a la motivación exigen la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la de esta Sala, cuales son hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, de manera que permite calibrar la lógica de su razonamiento. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficientes para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Tribunal explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En el aspecto jurídico, que en este caso el recurso no cuestiona expresamente, la motivación de la sentencia impugnada también satisface el canon de suficiencia, pues explica las razones legales que fundamentan el juicio de subsunción que realiza en relación a las cuestiones que se sometieron a su consideración, e, igual que la fáctica, permite a la parte su impugnación y a este Tribunal de casación su revisión.

No debe confundirse la alusión a ese derecho a la tutela judicial efectiva con una simple discrepancia en la valoración de la prueba disponible, llevada a cabo por el Tribunal *a quo*, a quien corresponde en exclusiva esa función, ni con un derecho del recurrente a obtener una respuesta obligadamente complaciente con sus pretensiones.

CUARTO.- Ahora bien, este primer motivo de recurso está estrechamente vinculado con el siguiente que, también a través del cauce que proporcionan

los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, denuncia vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

Surge el vínculo porque, según doctrina de esta Sala (entre otras SSTs 383/2014 de 16 de mayo; 596/2014 de 23 de julio; 761/2014 de 12 de noviembre; 881/2014 de 15 de diciembre; 375/2015 de 2 de junio y 172/2016 de 2 de marzo) la invocación en casación de la garantía fundamental de la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si 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, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha 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 pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, no nos corresponde ahora formarnos una personal convicción de unas pruebas que no presenciemos, para a partir de ellas confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Nuestro análisis debe centrarse en si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, y legalmente practicadas y de suficiente contenido incriminatorio, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

El análisis en profundidad de estos parámetros permite una revisión integral de la sentencia de instancia, y garantiza al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

QUINTO.- Por esta vía insisten los recurrentes en que la sentencia combatida incorporó al relato de hechos probados conductas respecto a las que no se practicó prueba hábil en el juicio oral. Se tuvieron por probados extremos sobre los que los menores no fueron ni siquiera interrogados, conformándose un relato con secuencias fácticas extraídas de lo que en distintos momentos contaron a las forenses y psicólogas con las que se entrevistaron, bien con objeto de elaborar las correspondientes periciales sobre los índices de credibilidad de sus testimonios, bien en desarrollo del tratamiento pautado para tratar de reducir los efectos derivados del impacto que los hechos tuvieron en ellos.

Ciertamente la prueba de cargo en relación a los hechos se ha centrado en la declaración testifical de los menores afectados, lo que es habitual en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Son conductas delictivas respecto a las que, debido al componente personalista que presentan y los espacios de intimidad en que se suelen perpetrar, no es fácil que exista la posibilidad de contar con otras pruebas personales distintas para acreditar el núcleo del hecho delictivo. Por lo tanto ha de partirse del análisis de quienes figuran como víctimas, sin perjuicio de complementarlo con otros datos probatorios accesorios que lo corroboren o desdigan (SSTS 61/2014 de 3 de febrero y 274/2015 de 30 de abril, entre otras).

En definitiva se trata de prueba testifical cuya credibilidad corresponde valorarla en principio al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración. La lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Estos parámetros, a los que la sala sentenciadora ha acomodado su valoración, consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación, constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de

valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

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

SSEXTO.- Los acusados no solo han negado los contactos sexuales que se les atribuyen, sino también haber tenido ocasión de llevarlos a cabo. Sin embargo los menores han afirmado en el acto del juicio oral que sí se produjeron, especialmente en el domicilio de ambos acusados, y la Sala de instancia ha calificado su testimonio de «relevante, eficaz y creíble». Utilizó como instrumento de valoración las distintas periciales que descartaron en el testimonio de aquellos síntomas de fabulación o manipulación.

Consideró tales testimonios verosímiles a partir de distintos elementos de corroboración. De un lado el testimonio de la madre de los niños, solo valorable como de referencia respecto a lo que ellos le relataron, pero que no puede ser despreciado en

lo tocante a extremos que ésta percibió de manera directa, tales como el rechazo de los menores hacia su tío, u otros relativos a las secuelas detectadas en los mismos, como la pérdida del control de esfínteres por parte del chico tras los hechos, o el tratamiento que ambos hermanos han requerido. Y también parcialmente por el del padre quien, pese a que su postura a lo largo de la causa no estuvo exenta de ciertos vaivenes, también advirtió el aludido rechazo y coincidió con aquella en cual fue el desencadenante de sus sospechas: haber sorprendido a su hijo en el baño tocándose los genitales y responderles éste «es lo que me hace el padrino». Asimismo relató el padre de los menores haber sido objeto de manipulación por parte de su propia madre, que también lo es del acusado Sr. Gregorio, en su afán de negar los hechos.

La sentencia recurrida expone con especial énfasis las conclusiones de las distintas periciales. La de la médico forense que apreció compatibilidad entre las situaciones relatadas por los niños y los hechos denunciados; o la del médico que los exploró. Y especialmente los distintos informes psicológicos que respecto a los hermanos constan en las actuaciones y fueron ratificados en el acto del juicio por sus autoras. El de la psicóloga forense D^a. Valentina, incorporado al juicio como documental y que otorgó credibilidad plena al relato de Eusebio; y especialmente la pericial sobre credibilidad de la psicóloga adscrita a la DGM del Consell de Mallorca D^a. Agueda, que concluyó respecto al testimonio de él una «alta probabilidad» de certeza, y en cuanto al de la hermana, a quien por su corta edad no le pudo aplicar los criterios de credibilidad, la compatibilidad de su relato con los hechos denunciados.

Este tipo de pruebas, como pericias que son, consisten en la emisión de pareceres técnicos por parte de quienes tienen una especial preparación para ello, sobre datos obtenidos a través de la exploración del menor y analizados a partir de sus propios conocimientos empíricos y el auxilio de las técnicas propias de su disciplina. Dado su objeto, constituyen una herramienta que auxilia al Tribunal en la función valorativa que le corresponde, pero no suplen la misma y carecen de efecto corroborador, salvo que constaten la presencia de rasgos sugerentes de la realidad del hecho objeto de prueba, que en este caso se dan, porque las psicólogas pusieron de relieve la existencia de una acusada sintomatología postraumática en los dos niños como derivada de las situaciones vividas. Precisamente la que provocó la intervención de las también psicólogas D^a. Consueloy D^a. Fidelaquienes a instancias del Gober trataron a los hermanos y ratificaron tales síntomas. Algunos, como la extrema timidez de Eusebio, ya apreciado por la psicóloga Sra. Zulimaa la que fue derivado desde el colegio al que asistía antes incluso de que el conflicto eclosionara.

Hasta este punto las conclusiones del Tribunal de instancia al apreciar veracidad y verosimilitud en el testimonio de los menores concernidos, no pueden tacharse de ilógicas o arbitrarias.

SÉPTIMO.- La persistencia en la incriminación tiende a una cierta depreciación como parámetro de valoración cuando de menores se trata, y especialmente de aquellos que, como en este caso, contaban muy corta edad cuando ocurrieron los hechos. En garantía de su indemnidad, en estos casos lo recomendable es que su intervención en el proceso sea única, a través de una exploración desarrollada siempre a presencia judicial, con contradicción de las partes, y , de ser preciso, con el apoyo técnico que facilite un interrogatorio adaptado a su nivel de maduración.

Pero aun en los casos en los que no ocurre así, como es precisamente el que ahora nos ocupa, es un parámetro de difícil determinación cuando a la fecha del juicio, prácticamente unos preadolescentes de 12 y 14 años se ven obligados a recordar lo

ocurrido cuando contaban 4 y 6 años, es decir, más de siete años antes.

En este caso los dos jóvenes declararon en el juicio oral y la sentencia analiza el contenido de sus manifestaciones. Respecto a la declaración de Eusebiose destaca que ubicó temporal y espacialmente los hechos. Indicó que se desarrollaron en casa de su abuela, en la del padrino, en alguna ocasión en la piscina, y una vez en el cuarto de baño de una tienda, o «que le hizo mucho daño en el culete». Respecto a los comportamientos concretó que les habían «tocado sus partes»; «le bajaban los pantalones y le tocaban el miembro»; «a su hermana también le tocaban

la vagina, y en el ano a los dos»; «que les decían que iban a jugar a los médicos y que les iban a auscultar y que, entonces, le tocaban a él el pene y el culo, que a su hermana también, que fue muchas veces». Y también dijo que el padrino le había introducido el dedo en el ano. Aunque la sentencia no es suficientemente explícita en este punto, el visionado de la grabación que documentó el juicio en la instancia ha permitido comprobar que así fue, tal y como el propio recurso reconoce.

La niña, de 12 años en el momento del juicio, también ubicó los hechos en casa de la abuela y en el domicilio que los acusados compartían. Aludió al juego de los médicos, y atribuyó la totalidad de los comportamientos a los dos acusados, «nos tocaban abajo y eso» «en la entrepierna y en el culo».

Fue ciertamente una descripción genérica de aquello por lo que se les preguntó, pero suficientemente expresiva respecto de los tocamientos reiterados en los genitales y glúteos. No hubo una específica personalización, pero salvo en lo relativo a la penetración digital, los chicos se refirieron a quienes les habían manoseado en plural en referencia sin duda a los dos acusados.

En definitiva tocamientos lúbricos en genitales y glúteos, e introducción de dedos en la cavidad anal del niño, pero ninguna referencia hicieron los chicos en el acto del juicio a que se les obligase a presenciar contactos sexuales entre los dos acusados, les eyaculasen encima, les obligaran a efectuar una felación o a tocarse entre sí, ni tan siquiera a que se fotografiara desnuda a la niña.

De ahí que la suficiencia como prueba de cargo de estos testimonios, razonablemente considerados creíbles y verosímiles, solo alcance a los comportamientos que describieron al ser interrogados en el acto del juicio. Y solo respecto a tales extremos son idóneos para desvirtuar la presunción de inocencia, como prueba practicada en el acto del juicio oral, con sometimiento a los principios de publicidad, inmediación y contradicción.

Se excedió la Sala sentenciadora al integrar el contenido incriminatorio de esos testimonios con retazos de las manifestaciones que en distintos momentos, y en el curso de las diferentes intervenciones a las que fueron sometidos los niños, terapéuticas unas y netamente periciales otras, hicieron a las profesionales que los evaluaban o trataban. Fueron manifestaciones obtenidas siguiendo los estándares de su específica disciplina, e idóneas para sustentar, una vez interpretadas con arreglos a criterios empíricos, las conclusiones de las profesionales que las escucharon. Pero en cuanto obtenidas al margen del proceso, de los principios que rigen el mismo y sin posibilidad alguna de contradicción, no puede atribírseles fuerza incriminatoria propia, ni respaldarse como acordes a los estándares legales y constitucionales a los que la prueba de cargo debe ajustarse. Ni tan siquiera como testimonios de referencia, cuyo valor probatorio es residual, admitido en supuestos muy específicos y en todo caso

supeditado a la imposibilidad de obtención de los testimonios directos, de los que aquí sí disponemos.

Por relevante que sea el bien jurídico que pretenda tutelarse, y la indemnidad sexual de los menores lo es, no puede justificar que se cercenen las garantías del proceso. La vulnerabilidad de las víctimas en estos casos puede justificar algunas limitaciones de la publicidad en sus intervenciones o el que en su interés se excepcione el principio general de que la prueba de cargo haya de practicarse en el acto del juicio oral, facultando la incorporación al plenario de prueba preconstituida obtenida con respeto al principio de contradicción. Pero lo que no justifica es el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria.

En atención a ello, en este aspecto el recurso se va a estimar, lo que dará lugar al dictado de una segunda sentencia que suprima como probados todos los asertos basados en afirmaciones de los menores referenciadas por otras personas, aunque ello no incida en la calificación jurídica de los hechos que mantienen sus presupuestos de tipicidad. De un lado de tres delitos de abusos sexuales de los artículos 181.1,2 en relación con el 180.1,4 CP, redacción anterior a la LO 5/2010, y con el artículo 74 del mismo texto. Calificación jurídica que el recurso no combate expresamente. Los dos cometidos por el acusado Sr. Isidoro sobre el niño y la niña, y el tercero por el Sr. Gregorio sobre ella, pues en todo caso quedaron constatados por prueba suficiente e idónea para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados, tocamientos sobre los menores de inequívoco contenido sexual e idóneos para comprometer la indemnidad sexual de aquellos, todos ellos realizados a lo largo de varios días, aprovechando similares ocasiones. Se prevalieron los acusados, hombres adultos, de la superioridad que surgía de la más que notable diferencia de edad con sus víctimas, que no solo eran menores de 13 años, edad que marcaba en aquella fecha la capacidad de autodeterminación sexual de los menores, sino mucho más pequeños y vulnerables, 4 y 6 años. A ese desequilibrio se sumó la capacidad de actuación e influencia derivada de la relación de parentesco colateral y de afinidad de hecho que les unía a ellos, que sin ser de las que específicamente enumera el artículo 180.1,4 sí contribuyó a generar junto con el otro factor la situación de superioridad, notorio desnivel en el que se ampararon, y que fue la que facultó el acercamiento a los menores y el desplazamiento de los mismos hasta los lugares donde se perpetraron los hechos, lo que satisface los presupuestos de tipicidad de la modalidad agravada que se aplica.

Los comportamientos que el acusado Sr. Gregorio proyectó sobre MMT, al incorporar la introducción de un dedo en la cavidad anal del pequeño, reconducen la calificación jurídica de la continuidad delictiva que se aprecia por aplicación del artículo 74 CP hacia el tipo previsto en el artículo 181.1 y 2 en relación con el 182.1 y 2 del CP según redacción anterior a la LO 5/2010 que era la vigente a la fecha de los hechos.

La estimación del recurso en los términos expuestos deja vacío de contenido el siguiente motivo de recurso que denunciaba, también al amparo de los artículos 852 LECrim y 5.4 LOPJ, la vulneración del principio acusatorio, precisamente en relación a las secuencias fácticas que ahora se han eliminado, lo que hace innecesario su análisis.

OCTAVO.- Los dos siguientes motivos que se formalizaron (el sexto y el séptimo del escrito de recurso), planteados por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, denuncian la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 CE. Si bien no es identificable con un derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver y ejecutar lo resuelto en un tiempo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso comprobar si ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones. Que ese retraso sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. Cualquier ponderación debe efectuarse a partir de tres parámetros: 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 contra España y STEDH de 28 de octubre de 2003, caso López Sole y Martín de Vargas contra España, y las que en ellas se citan).

De las distintas posibilidades de reparación ante la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la jurisprudencia de esta Sala, de manera unánime y consolidada a partir del Pleno no jurisdiccional de 21 de mayo de 1999, optó por la atenuación que se articuló como analógica, y que a partir de la reforma operada en el CP por la Ley Orgánica 5/2010, está regulada en el artículo 21.6ª CP. Exige esta circunstancia que se haya producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones. Y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

Según jurisprudencia constante, a la hora de interpretar esta atenuante concurren dos elementos relevantes «el plazo razonable» y las «dilaciones indebidas». Al primero se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable». A las segundas el artículo 24 de la CE que garantiza un proceso sin «dilaciones indebidas». En realidad, son conceptos que confluyen en la idea de un enjuiciamiento ágil y sin demora, pero que difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas implican retardos injustificados en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de los distintos actos procesales. El «plazo razonable» es un concepto mucho más amplio y más orientado a la duración total del proceso, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices de referencia la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de similar naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010 de 15 de febrero; 269/2010 de 30 de marzo; 338/2010 de 16 de abril; 877/2011 de 21 de julio; 207/2012 de 12 de marzo; 401/2014 de 8 de mayo y 248/2016 de 30 de marzo, entre otras).

NOVENO.- En el presente caso la Sala sentenciadora rechazó la apreciación de esta atenuante, porque descartó que los retardos producidos pudieran considerarse extraordinarios. Y así señaló que «se observa cierta ralentización del procedimiento desde que, en 2011, se dicta el auto de procesamiento, pero ninguna paralización de la envergadura pretendida y recogida por la jurisprudencia como necesaria para la apreciación de la atenuante, pues ninguno de tales periodos supera el año de paralización, siendo el máximo el que transcurre entre el 31 de julio de 2012, folio 734, en la queda pendiente la resolución del recurso de reforma que se interpone, y el 6 de mayo de 2013, folio 778, con la resolución del mismo».

Frente a ello opone el recurrente, de un lado que la duración total del proceso desde la imputación de los acusados hasta la celebración del juicio es de 7 años y seis meses que no vienen justificados por la complejidad de la causa. De otro, que la señalada por la Sala de instancia no es la única paralización relevante.

El examen de la causa que autoriza el artículo 899 LECrim permite comprobar que, tal y como señala el recurso, la causa se incoó en enero de 2009, a finales de ese mismo mes fueron imputados los Sres. Gregorio y Isidoro, y siguió una tramitación que se ralentizó especialmente a partir del momento que la propia sentencia reconoce, coincidiendo con el dictado del auto de procesamiento. Tras la paralización de más de 9 meses a la que puso fin el auto de 6 de mayo de 2013 que acordó el sobreseimiento, se interpuso contra el mismo recurso de apelación que, tras su oportuna tramitación, se resolvió por auto de 10 de julio de 2013. Recibidas de nuevo las actuaciones en la instancia, el 27 de septiembre de 2013 de nuevo fueron elevadas a la

Audiencia para la resolución de un recurso pendiente, lo que se produjo finalmente por auto de 15 de octubre de 2013. El 13 de noviembre del mismo año la Audiencia Provincial remitió de nuevo la causa al Juzgado de Instrucción y la siguiente actuación que consta documentada es el auto de 7 de abril de 2014 que declaró concluso el sumario. Es decir, casi 5 meses de inactividad. Después de dicho auto se produjo otra paralización, pues sin actuación intermedia alguna, hasta el 5 de marzo de 2015 no se acordó elevar el sumario a la Audiencia Provincial, lo que tuvo lugar a impulso de la acusación particular que presentó un escrito en tal sentido con fecha 25 de febrero de 2015. Es decir, 11 meses de inactividad total.

Una vez recibidas las actuaciones en la Audiencia el mismo 5 de marzo, la tramitación no sufrió paralización hasta celebración del juicio en julio del 2016, dictándose la sentencia el septiembre siguiente.

En atención a la secuencia expuesta resulta evidente que la tramitación de la causa, en la fase de instrucción dista de poder considerarse modélica. Su duración total hasta ser celebrado en la instancia (7 años y 6 meses) ha sido excesiva en relación a un estándar ordinario a razón de la complejidad de la investigación que los hechos exigían y el número de partes intervinientes. A una general ralentización en el trámite una vez concluido el grueso de la instrucción que había requerido la práctica de abundante pericial, se suman tres periodos de paralización total de 9, 5 y 11 meses entre julio de 2012 y mayo de 2013; noviembre de 2013 y abril de 2014; y desde esta última fecha hasta marzo de 2015, que integran en conjunto el concepto de dilación extraordinaria como incluida en la atenuación prevista en el artículo 21.6 CP, por lo que en este aspecto el recurso debe prosperar.

DÉCIMO.- Aclarado lo anterior, y respondiendo ya a la solicitud del recurrente sobre la cualificación de la atenuante de dilaciones indebidas, las circunstancias particulares del caso permiten hablar de una dilación del proceso extraordinaria, pero nunca como especialmente extraordinaria o superlativa, que es la condición que ha de tener para poder apreciar la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a tenor de la redacción que le ha dado el legislador en el nuevo artículo 21.6^a CP. Pues si para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario (STS 370/2016 de 28 de abril).

Para aplicarla con ese carácter esta Sala requiere que concurren retrasos en la

tramitación de la causa de una intensidad extraordinaria y especial, esto es, que se trate de supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúen muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente, que sea superextraordinaria (SSTS 739/2011 de 14 de julio;484/2012 de 12 de junioo474/2016 de 2 de junio).

Con arreglo a tales parámetros jurisprudenciales, aunque la causa haya tenido una duración superior a la debida en atención a la complejidad de la investigación, y se hayan producido paralizaciones injustificadas que alcanzan el carácter de extraordinarias, no han quedado desbordados los contornos propios de la atenuante de dilaciones, que solo podría operar como simple, al no haber alcanzado la injustificada demora entidad o envergadura suficientes para sustentar la cualificación que se pretende. Solo a partir de tal cualificación sería factible la degradación penológica que el recurrente postula, reservada, como hemos dicho para supuestos de extrema intensidad. Otra solución nos avocaría a un desajuste del sistema de penas previsto en el CP para los distintos tipos. Pues en palabras de laSTS 668/2016 de 21 de julio, «una cosa es adaptar la pena por una demora excesiva en la tramitación del procedimiento y otra muy distinta desactivar los tipos penales por dilaciones procesales que no resulten verdaderamente superextraordinarias » .

En conclusión los dos motivos conjuntamente analizados van a ser solo parcialmente estimados.

UNDÉCIMO.- El octavo y último motivo de recurso que denunciaba vulneración del artículo 24.1 en relación con el 120.3 en relación con los artículos 66.1.1ª y 72 CP, por falta de motivación en la determinación de la pena ha quedado igualmente vacío de contenido, en cuanto que la estimación parcial del recurso obliga a una nueva individualización de la pena, en la segunda sentencia que se dicte a continuación de la presente.

DUODÉCIMO.- Dada la estimación parcial del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrimprocede declarar de oficio las 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 Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la representación de D. Gregorio y D. Isidoro contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª.

Anular parcialmente dicha sentencia dictada en fecha 20 de septiembre de 2016 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en el Rollo 17/15, con declaración de oficio de las costas de esta instancia.

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

Así se acuerda y firma.

D. José Ramón Soriano Soriano D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

D. Andrés Palomo Del Arco Dª. Ana María Ferrer García

D. Juan Saavedra Ruiz

Encabezamiento

RECURSO CASACION (P) núm.: 10105/2017 P Ponente: Excma. Sra. D.^a Ana María Ferrer García Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra. D. José Ramón Soriano Soriano D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Andrés Palomo Del Arco D.^a. Ana María Ferrer García D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 21 de junio de 2017. Esta sala ha visto el recurso de casación 10105/2017 P, interpuesto por D. Gregorio, mayor de edad, en cuanto nacido el NUM000de 1.977, en Palma de Mallorca, hijo de Jenaroy de Aurelia, y por D. Isidoro, mayor de edad, en cuanto nacido el NUM001de 1.983, en Palma de Mallorca, hijo de Elisabethy de Ovidio, representados por el procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover, bajo la dirección letrada de D. Jaime Campaner Muñoz, contra lasentencia de fecha 20 de septiembre de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2ª Rollo 17/15), Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo y que ha sido CASADA Y ANULADA, por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Son hechos probados, y así se declara expresamente, que los acusados, D. Gregorio, en adelante el padrino, mayor de edad, en cuanto nacido el NUM000de 1977, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa dos días, y D. Isidoro, en adelante Chipiron, mayor de edad, en cuanto nacido el NUM001de 1983, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa dos días, que eran pareja sentimental, aprovechando las ocasiones en las que ambos permanecían a solas gracias a su relación de parentesco, así como la gran diferencia de edad, con los menores Sandray Eusebio, de 4 y 6 años respectivamente, en cuanto nacidos el NUM002de 2004 y el NUM003de 2002, y sobrinos carnales del primero de los acusados, desde por lo menos aproximadamente septiembre de 2008 y hasta enero de 2009, y bajo el pretexto de jugar a médicos, con objeto de satisfacer su deseo sexual, realizaron entre otros, los siguientes actos: Gregoriotocó a Eusebioen sus genitales y ano, llegándole incluso a introducir el dedo en el ano; ambos tocaron a Sandratanto en el ano como en sus genitales.

Como consecuencia de lo anterior y desde 2009, los menores están en tratamiento psicológico, primero en España, y ahora en Alemania, a donde se trasladaron a vivir con su familia, entre otros motivos, por recomendación médica. El coste del tratamiento ha supuesto a la madre de los menores, D.^a. Noemi, que lo ha venido sufragando, la suma de 2.530,21 euros, 20% del coste total, que le ha sido reintegrado en un 80% por la Seguridad Social alemana. La perjudicada no reclama, aunque no ha renunciado expresamente.

Los acusados han consignado la cantidad de 6.000 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal y como hemos expuesto en la sentencia que antecede los hechos declarados probados, pese a la modificación introducida en esta instancia, conservan los presupuestos de tipicidad propios de la calificación efectuada por Sala sentenciadora. De un lado de tres delitos de abusos sexuales de los artículos 181.1,2 en relación con el 180.1,4 CP, redacción anterior a la LO 5/2010, y con el artículo 74 del mismo texto. Los dos cometidos por el acusado Sr. Isidoro sobre el niño y la niña, y el tercero por Sr. Gregorio sobre ella, pues en todo caso quedaron constatados por prueba suficiente e idónea para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados, tocamientos sobre los menores de inequívoco contenido sexual e idóneos para comprometer la indemnidad sexual de aquellos, todos ellos realizados a lo largo de varios días, aprovechando similares ocasiones. Se prevalieron los acusados, hombres adultos, de la superioridad que surgía de la más que notable diferencia de edad con sus víctimas, que no solo eran menores de 13 años, edad que marcaba en aquella fecha la capacidad de autodeterminación sexual de los menores, sino mucho más pequeños y vulnerables, 4 y 6 años. A ese desequilibrio se sumó la capacidad de actuación e influencia derivada de la relación de parentesco colateral y de afinidad de hecho que les unía a ellos, que sin ser de las que específicamente enumera el artículo 180.1,4 sí contribuyó a generar junto con el otro factor la situación de notorio desnivel en el que se ampararon, y que fue la que facultó el acercamiento a los menores y el desplazamiento de los mismos hasta los lugares donde se perpetraron los hechos, lo que satisface los presupuestos de tipicidad de la modalidad agravada que se aplica.

Los comportamientos que el acusado Sr. Gregorio proyectó sobre MMT, al incorporar la introducción de un dedo en la cavidad anal del pequeño, reconducen la calificación jurídica de la continuidad delictiva que se aprecia por aplicación del artículo 74 CP hacia el tipo previsto en el artículo 181.1 y 2 en relación con el 182.1 y 2 CP según redacción anterior a la LO 5/2010 que era la vigente a la fecha de los hechos.

SEGUNDO.- Concurren las atenuantes de reparación del daño que fue apreciada en la instancia y que en esta alzada no se ha cuestionado, y la de dilaciones indebidas no cualificada.

En orden a la determinación de la pena correspondiente a los abusos sexuales cualificados según la legislación que se aplica (la anterior a la LO 5/2010), dejando claro que por su gravedad necesariamente ha de optarse por la pena privativa de libertad, reconducen a una horquilla penológica que abarca de 2 a 3 años, y por efecto de la continuidad nos lleva de 2 años y 6 meses a 3 años. Al concurrir en acusados dos atenuantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66,1.2ª CP, obliga a la rebaja en un grado de dicha pena, en cuanto que el número y entidad de ambas atenuantes no justifica mayor degradación. Y dentro de los márgenes así fijados, se estima ponderado concretar la pena en 1 año y 10 meses de prisión en atención a las circunstancias que rodearon los hechos tal y como ahora han quedado perfilados y la incidencia que provocaron en los menores.

Respecto al abuso con penetración por el que va a ser condenado el acusado D. Gregorio, la pena a partir de la agravación y la continuidad delictiva que se aprecian quedaría determinada entre 8 años y 6 meses a 10 años. Sobre ésta habrá de operar la rebaja penológica en un grado consecuencia necesaria de la apreciación conjunta de

dos atenuantes, pues tampoco en este caso el número y entidad de tales circunstancias justifica mayor degradación. Y dentro de los márgenes así fijados se estima ponderado concretar la pena en 7 años y 6 meses de prisión en atención a las circunstancias que rodearon los hechos tal y como ahora han quedado perfilados y su potencialidad aflictiva para el niño afectado.

En cuanto a la pena accesoria, la Sala de instancia se decantó por imponer la inhabilitación especial para empleo o cargo público. Sin embargo no se deduce la existencia de vinculación alguna entre los delitos cometidos y cualquier tipo de actividad pública por parte de los acusados, en los términos que exige el artículo 56.3 del Código Penal por lo que optamos ahora por imponer como accesoria la prevista en el número 2 del mismo precepto.

Del mismo modo acomodamos la prohibición de acercamiento dimanante de los delitos de abusos sexuales a la dimensión máxima que para la misma establece el artículo 57 del Código Penal al tratarse aquellos de delitos menos graves con arreglo a la graduación del artículo 33 del Código Penal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que condenamos a D. Gregorio como autor responsable, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de reparación del daño y dilaciones indebidas, de un delito continuado de abusos sexuales con penetración y abuso de superioridad a la pena de 7 años y 6 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de que se aproxime a la víctima, Eusebio., o que se comuniquen con él por cualquier medio por un tiempo superior en diez años a la pena privativa de libertad que se ha fijado.

Asimismo condenamos a D. Gregorio como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales con abuso de superioridad y la concurrencia de las atenuantes de reparación del daño y dilaciones indebidas y a D. Isidoro como autor responsable de dos delitos continuados de abusos sexuales con abuso de superioridad y la concurrencia de las atenuantes de reparación del daño y dilaciones indebidas a la pena de un año y diez meses de prisión por cada uno de los delitos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse el primero a Sandra., y el segundo a ésta y además a Eusebio., o a comunicarse con ellos por cualquier medio por un tiempo superior en cinco años a la pena privativa de libertad que se ha fijado.

Se ratifica en los restantes extremos que no se vean afectados por la presente resolución la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en el rollo 17/15 sentencia de 20 de septiembre de 2016.

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

Así se acuerda y firma.

D. José Ramón Soriano Soriano D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

D. Andrés Palomo Del Arco Dª. Ana María Ferrer García

D. Juan Saavedra Ruiz