



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Tercera

CANTABRIA

Rollo de Sala número: 813/2015.

SENTENCIA N° 000288/2016

ILMOS. SRES.

Presidente:

D. AGUSTÍN ALONSO ROCA

Magistrados:

D. JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA

D.ª DOÑA MARÍA-FERNANDA FIGUEROA GRAU.

En Santander, a catorce de octubre de dos mil dieciséis.

Este Tribunal, constituido por los Ilmos. Sres. Magistrados mencionados al margen, ha visto en grado de apelación la presente causa penal de Procedimiento Abreviado, procedente del JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO CUATRO DE LOS DE SANTANDER, seguido con el número 327/2014, Rollo de Sala número 813/2015, por delito de abuso sexual del artículo 181.1 y 181.2 del Código Penal, con la intervención de Ministerio Fiscal, contra DON [REDACTED], en calidad de



acusado, representado por el Procurador de los Tribunales don Pedro Revilla Martínez y asistido por el Letrado don Federico Monteoliva Robles, cuyas demás circunstancias personales ya constan en la Sentencia de instancia.

Como Acusación Particular, DON [redacted]
; Y, DOÑA [redacted],
representados por el Procurador de los Tribunales don Francisco-Javier Calvo Gómez y bajo la dirección técnica del Letrado don Alfonso M. E. Rodríguez del Barrio.

Como responsable civil subsidiario la entidad «[redacted]», representado por el Procurador de los Tribunales don José Pelayo Díaz y bajo la dirección técnica del Letrado don José-Luis Holanda Obregón.

Es parte apelante en esta alzada DON [redacted]
; y parte apelada y adherida DON [redacted]
; Y, DOÑA [redacted],
en representación de su hijo, incapacitado judicialmente, don [redacted]; y, el **Ministerio Fiscal**, en la representación que ostenta del Ministerio Fiscal la Ilma. Sra. doña Irene Ciriza Maisterra.

Es Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección Tercera, D. Juan-José Gómez de la Escalera, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la Sentencia de instancia y se añade lo siguiente:



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

PRIMERO.- En la causa de que el presente Rollo de Apelación dimana, por el **JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO CUATRO DE LOS DE SANTANDER** se dictó Sentencia en fecha 13 de mayo del año 2015, cuyo relato de Hechos Probados y Fallo, es del tenor literal siguiente:



«HECHOS PROBADOS:

Resulta probado y así se declara, que
, con D.N.I n.º , mayor
de edad y con antecedentes penales no computables a
efectos de reincidencia, sobre las 17:25 horas del día 3-
6-2010, en el Centro de y de
, sito en la
localidad de y perteneciente a
; en el que desempeñaba su función
laboral en la condición de cuidador asistencial, y bajo
cuyos cuidados se encontraba , interno
de dicho Centro, declarado incapaz en Sentencia nº
110/05, de 4 de octubre, dictada por el Juzgado de 1º
Instancia e Instrucción nº 5 de , al padecer
un deficiencia mental severa que le impide gobernarse por
sí mismo, e incapaz de comunicarse con el lenguaje
hablado al padecer una minusvalía del 79%, por retraso
mental severo de etiología idiopática, en una zona
apartada de un patio interior de dicho Centro separada
con biombos y movido por un ánimo de satisfacer sus
deseos de índole sexual, se introdujo el pene de
en la boca practicándole una felación y a
continuación le procedió a masturbar con la mano, hasta
que fue sorprendido por una compañera de trabajo, DOÑA
quien era señalada con
la mano por para avisar de su
presencia, razón por la que cesó en la realización de
tales actos.

A consecuencia de ello no ha
sufrido alteraciones o secuelas.

La tramitación de la presente causa se ha demorado
en exceso por causas no imputables al acusado. Mediante



auto de fecha de 7 de julio de 2011 dictado por el Juzgado de instrucción y por el que se acordaba la apertura de juicio oral se acordó que el acusado prestare fianza en la cuantía de 3.990 euros a fin de asegurar las responsabilidades pecuniarias.

La única cantidad consignada por el acusado judicialmente asciende al importe de 3.990 euros efectuada en fecha de 10 de mayo de 2013.

FALLO:

Que debo CONDENAR y CONDENO a [redacted], como Autor responsable de un delito de ABUSO SEXUAL ya definido, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN con las penas accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión de cuidador asistencial durante el tiempo de la condena y al pago de las costas causadas incluidas las de la acusación particular.

Asimismo se condena a [redacted] a que en concepto de responsabilidad civil, indemnice a [redacted], en la persona de su representante legal, en la suma de 3.000 euros, siendo responsable civil subsidiario de dicha cantidad la fundación [redacted], y con aplicación de los intereses del art. 576 LEC.

Abónese en su caso el tiempo de privación libertad sufrido por el condenado a resultas de esta causa.

Dese a las piezas de convicción y efectos intervenidos el destino previsto en las Leyes y Reglamentos».



SEGUNDO.- Por DON [] se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite en virtud de providencia del Juzgado dictada al efecto, y dado traslado del mismo a las restantes partes, se elevó la causa a esta Audiencia Provincial, Sección Tercera, en la que tras su examen, se ha deliberado y fallado el recurso.

TERCERO.- En la tramitación de este juicio en la alzada se han observado las prescripciones legales excepto la de dictar sentencia en el plazo señalado en el artículo 792.1 (al que remite el 976.2), ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por acumulación de asuntos pendientes.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO: Se aceptan los de la Sentencia de instancia, anteriormente reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: PLANTEAMIENTO. Frente a la Sentencia de instancia se alza en apelación el condenado DON [] alegando los siguientes motivos de oposición:

1.º) En cuanto al fondo del asunto. Alega que la Sentencia recurrida ha incurrido en vulneración de la presunción de inocencia prevista en el artículo 24.2 de la Constitución en relación con la ausencia de prueba de cargo suficiente y en relación con las contradicciones en el testimonio de la testigo de cargo cuya declaración ha conformado la única prueba de cargo



directa que se ha practicado en el juicio oral, en relación con el artículo 181 del Código Penal.

2.º) Subsidiariamente y para el caso de que se confirme la Sentencia recurrida, vulneración del artículo 21.5 consistente en la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral.

El Ministerio Fiscal se opuso e impugnó el recurso, mientras que la acusación particular DON

; Y, DOÑA
además de impugnar el recurso formuló adhesión al mismo, interesando la no aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal apreciada por la juzgadora de instancia en su Sentencia.

SEGUNDO: VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y NO VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. La Sala tras examinar detenidamente las actuaciones y visionar la grabación del acto del juicio oral cuyo DVD se acompaña a la causa, llega a la misma conclusión plasmada por la juez de instancia en su Sentencia, la cual debe por ello ser respetada.

Es bien sabido cómo el derecho constitucional a la presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24 de la Constitución Española, se desvirtúa mediante la práctica de prueba en el acto del juicio oral. Para que esa prueba pueda desvirtuar aquel derecho es preciso que la misma se haya practicado en el plenario (prueba existente), que la misma no sea nula por haberse obtenido de forma ilícita (prueba lícita) y que la misma sea apta



para acreditar aquello que se pretende probar (prueba suficiente). Dicho de otro modo, tal y como recuerda la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2016 con cita de otras muchas, el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que la sentencia condenatoria se fundamente en una prueba de contenido incriminatorio que cumpla con las exigencias de ser:

1.º) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;

2.º) una prueba constitucionalmente obtenida, a través de medios de prueba válidos, 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;

3.º) una prueba legalmente practicada, con respeto a los principios básicos de imparcialidad, contradicción y publicidad, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y,

4.º) una prueba racionalmente valorada, canon de razonabilidad que exige que desde la lógica y las reglas de la experiencia, los medios de prueba valorados justifiquen como objetivamente aceptable la veracidad del relato en el que se fundamenta la acusación formulada, así como la inexistencia de alternativas fácticas verosímiles y razonables que se acomoden al resultado de la prueba practicada, 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.

Siendo esto así, constituye doctrina jurisprudencial reiterada que cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador de instancia en uso de la facultad que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, debe partirse, como principio y por regla general, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el Juez ante el que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso penal y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española). Esto es así por cuanto, es el juzgador de instancia y no el órgano de apelación, quien desde su privilegiada y exclusiva posición puede intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse de las personas que en el declaran en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos. Dar más credibilidad a un testigo que a otro, por ejemplo, forma parte de la esencia misma de la función de juzgar y no supone, desde luego, violación del principio de igualdad, como tiene ya declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 19 de noviembre de 1990 y de 14 de marzo de 1991, entre otras muchas. Por tal razón, y para hacer compatible la libre valoración judicial y el principio de presunción de inocencia es preciso que el Juez motive su decisión



(SSTC de 17 de diciembre de 1985, 23 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987 y 2 de julio de 1990, y SSTS Sala 2ª, de 26 de febrero de 2003 y de 29 de enero de 2004 entre otras muchas), de modo que, siempre que el proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, la misma sólo podrá ser rectificada cuando concurren alguno de los supuestos siguientes:

- a) que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba de tal magnitud que haga necesaria, -empleando criterios objetivos y no interpretaciones discutibles y subjetivas-, una modificación de los hechos declarados probados en la sentencia;
- b) que se observe que la decisión se ha basado en pruebas ilícitas o manifiestamente insuficientes;
- c) que el relato fáctico es incompleto, incongruente o contradictorio; o,
- d) cuando el mismo haya sido claramente desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia. Ninguna de estas circunstancias concurre en el caso que nos ocupa.

Pues bien, expuesta la anterior doctrina y, tras efectuar un minucioso estudio de las actuaciones y proceder al visionado del DVD donde se recoge el desarrollo del acto del juicio oral, la Sala llega al pleno y absoluto convencimiento con el grado de certeza exigible en materia penal, más allá de toda duda razonable, de que tal y como mantiene la juez a quo los hechos se han desarrollado en el tiempo, forma y circunstancias expuestos en el relato de hechos probados de la Sentencia recurrida.



A tal efecto, tras un detenido análisis de las pruebas practicadas en el procedimiento no podemos sino concluir que el juzgador de instancia razona coherente y fundadamente los motivos que le han llevado a la convicción de que el ahora apelante DON [REDACTED] es el autor de los hechos declarados probados en su Sentencia como constitutivos de un delito de abuso sexual del artículo 181.1 y 181.2 del Código Penal.

En este sentido, en el Fundamento jurídico tercero de su Sentencia razona la juez a quo cómo ha llegado a su convicción fundamentalmente mediante la prueba de declaración testifical. Conclusión a la que llega por el contundente testimonio de la testigo DOÑA [REDACTED]. En efecto, teniendo en consideración que la víctima DON [REDACTED] A no puede manifestar lo sucedido toda vez que, como se ha dicho, padece una importante discapacidad que le impide gobernarse por sí mismo y comunicarse mediante lenguaje verbal, y si bien DON [REDACTED] niega los hechos y manifiesta que tan sólo se encontraba arreglando la ropa de don F. [REDACTED], ya que había salido del servicio con los calzoncillos por encima de la ropa y el pantalón medio bajado colocándose de cuclillas para ello y procediendo a desabrocharle el pantalón bajándoselo y colocándole bien el calzoncillo, lo cierto es que DOÑA [REDACTED], compañera de trabajo del acusado y, al igual que él, cuidadora asistencial, relata que sobre las 17:25 horas procedía a abandonar el Centro al haber ya finalizado su jornada laboral, cuyo horario no coincide con el del acusado, cuando escuchó unas risas de [REDACTED], a quien conoce perfectamente por ser miembro del taller que imparte, que le parecieron extrañas ya que nunca se las había oído con



anterioridad (minuto 55:21 y 55:45), retrocediendo por tal motivo y acudiendo al lugar de donde provenían que era una zona existente en el patio interior del Centro, separada por un biombo y destinada a lectura, razón por la que dispone de mesa y sillas, asomándose por el biombo y observando de forma lateral, cómo se encontraba de pie, con los pantalones y el calzoncillo bajados a la altura de las rodillas mientras que el acusado se encontraba sentado, con los codos apoyados en los muslos (minuto 55:58) y con las manos en bandeja (minuto 56:13) agarrando el pene de la víctima y cuya punta tenía introducida en la boca (minuto 56:33), sacándose el órgano genital de la boca para empezar a masturbarlo con las manos (minuto 56:46), momento en el que la víctima, quien no puede comunicarse verbalmente, comenzó a señalar con el brazo a DOÑA [REDACTED] (minuto 56:58), razón por la que el acusado se percató de su presencia comenzando con toda tranquilidad (minuto 57:11) por ello a subir las prendas de vestir a [REDACTED] (minuto 57:30) diciendo que había salido así del baño y le estaba vistiendo (minuto 57:40). Manifestó asimismo la testigo que se quedó en estado de shock (minuto 59:15 "me quedé de piedra", "impactada"), como paralizada por lo que había visto y fue incapaz de decir nada al acusado, marchándose del lugar, hasta que posteriormente comenzó a reaccionar y decidió llamar por teléfono a la educadora con la que trabajaba DOÑA [REDACTED], que era incapaz de contárselo y por ello tuvo que llamarla varias veces, hasta que finalmente se lo relató. Que posteriormente llamó por teléfono a DOÑA [REDACTED], la educadora que trabaja junto con el acusado, que se encontraba de baja laboral y quedó con ella para comer en el Centro momento en el que le contó lo que vio; que fue doña [REDACTED] la que, transcurrida una semana, se lo



comunicó al Director del Centro, DON [redacted] quien la mandó llamar y le contó lo que había visto, que incluso se lo escenificó, y que transcurrida otra semana fue llamada por la Presidencia de la Fundación manteniendo una entrevista con el Presidente y la Vicepresidenta, quien la amenazó con que si mentía la iban a denunciar y a despedir (minuto 1:08:58).

En este sentido, tras el visionado del DVD en que consta la grabación audiovisual del juicio, la Sala no puede sino corroborar la conclusión de la juez a quo dada la contundencia del testimonio de DOÑA [redacted] corroborada por el resto de las pruebas practicadas y que reúnen todos los requisitos de coherencia y verosimilitud que permiten desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

Pues bien, analizando nuevamente la contundente prueba testifical de DOÑA [redacted] que ha narrado de forma coherente la forma de ocurrir los hechos a que se refiere la Sentencia y, que desde luego ha resultado más creíble que la versión ofrecida por el acusado ahora apelante es lo cierto que la Sala llega a la misma conclusión que la juez a quo ya que concurren todos los requisitos jurisprudencialmente reconocidos para atribuirle la prueba de cargo suficiente susceptible de enervar el derecho a la presunción de inocencia, concretamente:

1.º) Persistencia y firmeza del testimonio, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones. Concretamente se trata de un testigo presencial, esto es directo, habiendo relatado a lo largo de todo el procedimiento, tanto en fase instructora (declaración obrante a los folios 46 a 48) como en el plenario, sin ambigüedades ni contradicciones, idénticos hechos, con lo que concurre



la persistencia en el tiempo de la incriminación, a lo que cabe añadir que la testigo da una profusión de detalles del hecho, sin fisuras ni titubeos, indicio claro de que no falta a la verdad, afirmando con rotundidad que no tiene duda alguna de lo que vio y escuchó.

2.º) Ausencia de incredibilidad subjetiva, lo que excluye todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza, toda vez que, si bien la defensa trata de probar que existía una mala relación entre el acusado y la referida testigo (minuto de la grabación, 5:10 "discutían constantemente", y 7:12 "relación tirante antes de estos hechos"), así como con la testigo DOÑA (minuto 37:08 de la grabación), y cuyo testimonio posteriormente se analizará, lo cierto es que no sólo no concreta en relación con DOÑA las causas exactas de tal terrible relación (no puede calificarse de otra manera si se alega que es causa de una imputación tan grave como la que se está realizando), limitándose a realizar afirmaciones genéricas e imprecisas tales como que le tenían manía por ser el único varón que trabajaba en ese Centro y que recriminó a DOÑA varios aspectos de su actuar, y que cree que miente para que a él le trasladen y poder hacer ella lo que quiera (minuto 22:22 de la grabación, "el motivo de ella era meter un bulo para que caiga mal y me quiten del medio"), sino que tan mala relación no ha quedado ni mucho menos probada, sino todo lo contrario, no solo DOÑA afirma que la relación era buena e incluso afectiva entre ellos (minuto 51:20 de la grabación, "era un compañero al que tenía mucho aprecio", "le apreciaba casi como a un hijo", "no discutían jamás"), sino que la totalidad de



los testigos que depusieron y se les preguntó sobre tal extremo (ninguna pregunta a tal fin realiza la defensa, parte que alega la mala relación, a los testigos propuestos por ella y que trabajaban en la Fundación luego podían tener conocimiento de la pretendida enemistad) coinciden en afirmar que la relación entre ambos era buena, y que DOÑA [REDACTED]

[REDACTED] no obtendría ningún beneficio o ventaja para el supuesto de que al acusado se le despidiera; es decir no existe motivo alguno que haga pensar que DOÑA [REDACTED] [REDACTED] parte no interesada al no guardar relación alguna con la víctima, actúe con ánimo de perjudicar al acusado o de obtener algún tipo de ganancia o beneficio a su favor.

3.º) Verosimilitud, o corroboración periférica, mediante la existencia de datos objetivos que avalen o confirmen la declaración prestada. Que se deduce de la declaración del acusado y de las testificales practicadas, ya que, si bien son testigos de referencia, lo cierto es que han prestado testimonio durante toda la causa de forma coincidente, y no hacen sino avalar las manifestaciones de la testigo presencial.

En cuanto a lo primero se entiende que existe una contradicción entre lo declarado en fase instructora (folios 51 a 53) y lo manifestado en el plenario en un aspecto de especial trascendencia y significación, cual es que en el plenario manifiesta que el pene de [REDACTED] no quedó fuera de la ropa mientras que en su declaración como imputado relata que tenía el pene parcialmente descubierto, contradicción con la que trata de paliar la rotunda afirmación por la testigo directo de que observó el órgano genital de la víctima y, además, el acusado manifiesta en el plenario, que



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

nada dice al respecto en fase instructora, haber adoptado para colocar correctamente la ropa de la víctima, una postura ilógica para ello, de cuclillas (minuto 13:25 y 15:02), la cual, no solo es claramente incómoda e impropia para el menester de que se trataba sino que no tiene razón de ser debido a la altura prácticamente coincidente, y apreciada personalmente por la juzgadora en el plenario, entre acusado y víctima y que se manifiesta asimismo en la grabación audiovisual del juicio.

En cuanto a lo segundo, tanto DOÑA . . .

como DOÑA . . .

corroboran lo manifestado por DOÑA . . .

en lo concerniente a las mismas y relatado en el expositivo TERCERO. DOÑA . . .

manifiesta que el mismo día de los hechos y por la tarde recibió varias llamadas telefónicas de DOÑA . . .

muy nerviosa hasta que la dijo que parara el vehículo que tenía que contarla algo y la contó que había visto a . . . hacer una felación a . . . (minuto 1:29:04),

dándole credibilidad toda vez que estaba muy alterada y que entre ambos existía una relación cordial, mientras que DOÑA . . .

relata que estando de baja laboral la telefoneó DOÑA . . .

y la dijo que fuera a comer que la quería contar algo y así lo hizo, contándole que había visto a . . . haciendo una felación a . . .

Y testigo de referencia pero especialmente relevante su testimonio es el de DOÑA . . .

, coordinadora del Centro y superior del acusado, quien relata que al enterarse de lo sucedido se lo comunicó al Director del Centro y que posteriormente habló con DOÑA . . .



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

() quien le contó lo que observó con todo lujo de detalles, que estaban detrás del biombo de la zona de lectura del patio interior, que les vio de perfil haciendo el acusado una felación a y dándole credibilidad por ello, porque no es una persona fabuladora, que mantenía una buena relación con el acusado y que no obtendría ningún beneficio si le despidieran. Y que tras hablar con también conversó con , quien negó los hechos, pero al preguntarle, aquí viene lo relevante, que cómo explicaba que le había visto "así" le contestó que estaba oliéndole los genitales a (minuto 1:54:04) ya que le oían raro (minuto 1:54:11 y 1:54:22), lo cual, no sólo es una conducta totalmente inaudita en la profesión que desempeña el acusado (minuto 6:40 y 7:03 del segundo DVD le reconoció que había olido los genitales porque le oían muy mal, es una conducta extrañísima, es inaudito) sino que además éste niega haber dicho tal frase a la referida testigo y de nuevo trata de desvirtuar, sin éxito, sus manifestaciones, alegando que tenía con ella una mala relación; sin éxito toda vez que si bien es cierto que la propia testigo reconoce que se quejó del comportamiento laboral del acusado a la dirección en alguna ocasión no existía una mala relación con el acusado desde el punto de vista personal limitándose a ejercer las labores propias de su cargo en el Centro, al ser la coordinadora de los talleres y supervisora de, entre otros, el acusado, y no solo los hechos puntuales que detalla el acusado para acreditar tan mala relación, no resultan acreditados, significativamente un supuesto intento de agresión por DOÑA

En el comedor tras haber recibido un puñetazo de un chico, negado por una testigo de la propia defensa, DOÑA , sino que difícilmente puede entenderse que no una sino dos



personas, DOÑA [REDACTED] y DOÑA [REDACTED], fabulen contra él sobre el mismo hecho.

Por último indicar que los testigos que depusieron a instancia de la defensa no prestan un testimonio relevante al no haber presenciado el hecho ni ser testigos de referencia, limitándose algunos a decir que consideran improbable el acto por la zona en la que se produjo, lugar de tránsito, otros a manifestar cuando tuvieron conocimiento de lo acaecido. Razona asimismo la juzgadora de instancia el motivo que le lleva a no valorar la testifical del Director del Centro, que la Sala comparte, por entender que no es parcial toda vez que a preguntas de la defensa manifestó que conocía que [REDACTED] se masturbaba con anterioridad (minuto 1:12:31 del segundo DVD) y cuando por la juzgadora se le pregunta para que aclare tal conocimiento se retracta de lo manifestado (minuto 1:13:20 del segundo DVD).

E igualmente y en cuanto a la pericial aportada por la defensa tampoco se entiende relevante, simplemente se indica que el acusado no presenta un perfil propio de una persona que ejecuta tales actos pero ello no excluye su comisión real.

Dicho lo anterior, en el presente caso no se aprecia que la Juez a quo haya errado en la valoración de las pruebas practicadas. Por el contrario, puede afirmarse que la juez sentenciadora ha efectuado un razonamiento lógico, coherente y debidamente sustentado, no sólo en el contundente testimonio prestado por la testigo DOÑA [REDACTED] sino también, como ya se ha dicho, por el resto de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral como son las testificales de DOÑA [REDACTED], DOÑA [REDACTED], y DOÑA [REDACTED].



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

así como la declaración del propio acusado, conforme a lo anteriormente razonado.

TERCERO: NO CONCURRENCIA DE LA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO DEL ARTÍCULO 21.5 CP.

Subsidiariamente, alega el recurrente, vulneración del artículo 21.5 consistente en *«La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral»*.

Se razona en la Sentencia que no concurre la circunstancia atenuante de reparación del daño alegada por la defensa toda vez que, si bien es cierto que el acusado ha procedido a ingresar en la cuenta del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Santander (el inicialmente competente para su enjuiciamiento, la cantidad de 3.990 euros, con carácter previo a la celebración del juicio oral, habiendo ofrecido el pago de dicha cantidad para reparar el daño causado, folios 279 y 280, no lo es menos que mediante Auto de fecha de 7 de julio de 2011 dictado por el Juzgado de Instrucción y por el que se acordaba la apertura de juicio oral se acordó que el acusado prestase fianza en la cuantía de 3.990 euros a fin de asegurar las responsabilidades pecuniarias, y la única cantidad consignada por el acusado judicialmente asciende al importe de 3.990 euros efectuada en fecha de 10 de mayo de 2013 lo cual significa que dicha cantidad debe aplicarse a la pieza de responsabilidad civil; esto es a la prestación de la fianza para el aseguramiento de las posibles responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele y en ningún caso a la reparación del daño, como entiende constante jurisprudencia.



Este motivo de indebida inaplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5º de Código Penal, como ya hemos adelantando, ha de ser desestimado según lo razonado en la Sentencia recurrida y conforme a constante jurisprudencia, del que es ejemplo, la STS número 206/2012, de 26 de marzo, que por su claridad y concreción, transcribimos seguidamente:

«El Tribunal de instancia desestimó la pretensión de la defensa que interesaba la apreciación de esta atenuante y argumenta esta decisión señalando que la prestación de fianza que garantice el pago de la responsabilidad civil dimanante de un hecho delictivo, tras el preceptivo requerimiento de embargo de bienes, si no se satisface, no entraña reparación del perjuicio, porque ese comportamiento no pretende reducir o reparar el daño causado, sino asegurar su resarcimiento, para el supuesto de que dicte resolución condenatoria, sin que pueda inferirse de esa actitud la intención inequívoca de satisfacer a la víctima por el perjuicio que se le ha ocasionado, sino que parece responder, más propiamente, a la exigencia de cumplir un trámite procesal que prevenga la adopción de medidas más gravosas para los bienes del imputado. Y así debe entenderse, porque el ofrecimiento de una garantía no supone pago efectivo del perjuicio, sino, seguridad de abono de la indemnización en su momento oportuno, una vez que haya condena, lo que conlleva la inobservancia de uno de los presupuestos legales para la estimación de esta atenuante, que el perjuicio se repare o disminuya antes de la celebración del juicio.

Y con apoyo en la doctrina jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo, recuerda que "lo trascendente para apreciar la atenuante es que



la reparación tenga su origen en una decisión voluntaria del autor y pueda considerarse relevante en atención a las circunstancias del caso y del culpable (en sentido similar, STS núm. 50/2008, de 29 de enero). La jurisprudencia de esta Sala, **ha rechazado considerar incluida entre las conductas que dan lugar a la apreciación de la atenuación la mera prestación de la fianza exigida por el Juez**, sea en el Auto de procesamiento, en el de apertura del juicio oral o en cualquier estado de la tramitación (STS núm. 455/2004, de 6 de abril; STS núm. 1320/2006, de 20 de diciembre; y STS núm. 833/2007, de 3 de noviembre, entre otras), pues una **"cosa es afianzar el cumplimiento de lo ordenado por la Ley procesal para asegurar las responsabilidades de contenido económico que pudieran derivarse de un proceso penal y otra bien distinta entregar dinero a la víctima en concepto de indemnización antes de la celebración del juicio oral"** (STS núm. 335/2005, de 15 de marzo) (STS de 26 de diciembre de 2008).

Sobre esta cuestión, la parte recurrida aduce con acierto que en el caso presente, y en línea con la argumentación expresada en la sentencia, la fianza exigida por el Juez para garantizar el cumplimiento o satisfacción de las responsabilidades civiles previsibles, sin que en modo alguno la hubiese prestado espontáneamente el acusado, quien desde una perspectiva subjetiva, no realizó una conducta personal "valorada por el derecho" frente al "desvalor del hecho punible". **No ha sido el culpable quien ha procedido espontáneamente a reparar el daño, sino el Juez quien le ha requerido a prestar una fianza que constituye medida cautelar obligada en el proceso tras el dictado del auto de procesamiento. Medida que de no haberse**



prestado hubiera abierto la vía de un indeseado embargo del patrimonio más gravoso para el autor.

A este respecto no es desdeñable la invocación de la STS de 2 de diciembre de 2003 cuando establece que "no puede beneficiar al acusado que niega los hechos que generaron el daño que se trataba de reparar"».

Por todo ello, el motivo no puede prosperar.

CUARTO: CONCURRENCIA DE LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS DEL ARTÍCULO 21.6 CP. Finalmente en relación con la adhesión formulada por la acusación particular al recurso interpuesto por la defensa, la Sala también comparte el criterio de la juez a quo de apreciar la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal «La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa».

En este sentido, en la reciente STS núm. 400/2016, de 11 mayo, se reitera cómo «En la STS 446/2015, 6 de julio (RJ 2015, 3237), con cita de la STC 54/2014, 10 de abril (RTC 2014, 54), decíamos que para determinar si nos encontramos o no ante una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) hemos de acudir a las pautas que nos ofrece nuestra doctrina, conforme a la cual este derecho está configurado como un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, por cuanto «no toda infracción de los plazos procesales o



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando» (STC 153/2005, de 6 de junio (RTC 2005, 153), FJ 2). En la STC 178/2007, de 23 de julio (RTC 2007, 178), FJ 2, recogiendo jurisprudencia anterior, subrayábamos que la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en «un tiempo razonable»), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el artículo 24.2CE, afirmábamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades (en los mismos términos, las SSTC 38/2008, de 25 de febrero (RTC 2008, 38), FJ 2; 93/2008 (RTC 2008, 93), FJ 2; 94/2008 (RTC 2008, 94), FJ 2, y 142/2010 (RTC 2010, 142), FJ 3, entre otras)».

A tal efecto, hay que tener en consideración cómo habiendo acaecido los hechos denunciados el día 3 de junio de 2010 no se ha dictado sentencia hasta el día 13 de mayo de 2015, es decir, el procedimiento que carece de complejidad alguna se ha prolongado



indebidamente durante casi cinco años por causas no imputables al acusado.

En estas circunstancias, parece evidente y claro conforme a conocida y reiterada Jurisprudencia que concurre dicha circunstancia atenuante ordinaria de dilaciones indebidas. En este sentido, cabe citar, entre otras muchas, STS 2165/02, 16-1-03, en la que se establecía que la duración del proceso estuvo cercano a los cinco años que transcurrió desde que se iniciaron las actuaciones a mediados de agosto de 1995 hasta que se dictó la Sentencia recurrida a finales de junio de 2000, sin que la mediana complejidad del objeto del proceso parezca justificar tan larga tramitación; la STS 398/08, 23 de junio, en que el transcurso de 4 años para la instrucción y enjuiciamiento de un delito simple, sin demasiada complicación probatoria, tanto en forma de testimonios presenciales como informes periciales, ha de comprender el concepto de vulneración del plazo razonable fijado por el Convenio de Roma; o en la STS 1003/07, 5 de diciembre, en la estima en un procedimiento en que el juicio oral se celebró 2 años y 8 meses después de su iniciación, pero las pruebas en las que se basan la acusación y la sentencia fueron reunidas prácticamente en las diligencias de entrada y registro que tuvieron lugar al inicio. Esto pone de manifiesto que el tiempo consumido en la tramitación del proceso no ha sido razonable, aunque no hayan existido tiempos sin actividad procesal propiamente dicha; STS 947/2010, de 29 de octubre, en que se estimó en una causa sin complejidad en que la causa duró desde su incoación hasta el dictado de sentencia casi cinco años.

En consecuencia, el motivo ha de ser rechazado.



QUINTO: COSTAS. En relación con el recurso interpuesto por el acusado **DON** [REDACTED], las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interpretados a la luz de lo dispuesto en el artículo 901 de la misma Ley, en criterio conforme establecido por todas las Secciones de esta Audiencia Provincial de Cantabria tras el Pleno de Magistrados de fecha 3 de abril de 1998, habrán de serle impuestas a la parte apelante condenada cuya petición fuere totalmente desestimada.

De igual modo y en relación con la adhesión formulada por **DON** [REDACTED]; **Y, DOÑA** [REDACTED], al no apreciarse temeridad ni mala fe en su proceder, las costas de la alzada se declaran de oficio.

Por cuanto antecede, **VISTOS** los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS :

Que **DESESTIMANDO íntegramente** el recurso de apelación interpuesto por **DON** [REDACTED], así como la adhesión formulada por **DON** [REDACTED]; **Y, DOÑA** [REDACTED], contra la **Sentencia** de fecha 13 de mayo del año 2015 dictada por el **JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO CUATRO DE LOS DE SANTANDER**, en los autos de Procedimiento Abreviado seguidos con el número 327/2014, a que se contrae el presente Rollo de Apelación, debemos **CONFIRMAR y CONFIRMAMOS** la misma, imponiendo al recurrente **DON** [REDACTED] las costas de la



alzada causadas en la tramitación de su recurso y declarando de oficio las derivadas de la adhesión.

Con testimonio de esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Magistrado que la firma, estando celebrando Audiencia Pública, el mismo día de su fecha.
DOY FE.