



Roj: **STS 2848/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2848**

Id Cendoj: **28079120012020100458**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/09/2020**

Nº de Recurso: **10081/2020**

Nº de Resolución: **430/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10081/2020 P

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 430/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 9 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 10081/2020, interpuesto por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, por **Don Jose Ignacio**, representado por el procurador Don José María Almeida Sánchez y bajo la dirección letrada de Don Francisco Javier Álvarez Fernández, contra la sentencia n.º 4/2020 de 21 de enero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en el Rollo de Apelación n.º 33/2019, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por hoy el recurrente contra la sentencia n.º 173/2019, de 7 de octubre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en DIRECCION001, en el Procedimiento Abreviado número 27/2019, dimanante de las Diligencias del Procedimiento Abreviado n.º 655/2017 seguidas en el Juzgado de Instrucción n.º 2 de DIRECCION000; que le condeno como autor responsable de tres delitos de abusos sexuales cometidos sobre menores de dieciséis años. Es parte el Ministerio Fiscal y, como parte recurrida, la acusación particular, **Doña Angustia, Doña Asunción y Doña Begoña**, todas ellas en calidad de representantes legales de sus hijos menores, representadas por la procuradora Doña María Felicia García de Paredes Servan y bajo la dirección letrada de Don Juan Nicolás Manzano Gutiérrez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de DIRECCION000, instruyó las Diligencias de Procedimiento Abreviado, con el número 655/2017, por los delitos de abusos sexuales a menores, contra el acusado Don Jose Ignacio, interviniendo como acusación particular Doña Angustia, como madre del menor Conrado;



Doña Asunción , madre del menor Demetrio ; y Doña Begoña , madre del menor Eduardo , y, abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Tercera, con sede en DIRECCION001 , que dictó sentencia condenatoria en fecha 7 de octubre de 2019, en el Procedimiento Abreviado número 27/2019, que contiene los siguientes hechos probados:

<<Probado y así se declara que en fecha indeterminada, pero en todo caso con anterioridad a agosto del año 2.017, Jose Ignacio , sin antecedentes penales, titular del DNI n° NUM000 , venía desempeñando funciones de entrenador de fútbol infantil en la localidad de DIRECCION000 (Badajoz) a la vez que ocupaba cargo en el Cuerpo de Policía Local de dicha localidad en servicio activo.

1. En tal contexto, en la mañana del día 20 de agosto del 2.017, el acusado recogió en compañía del menor Demetrio (nacido el NUM001 de 2.004) en su vehículo, a Conrado (nacido el NUM002 de 2.004), con motivo de un partido de fútbol en el que participaban los menores en la localidad de DIRECCION002 . Al finalizar el partido se marcharon del lugar en el vehículo del acusado, quien dejó a Demetrio en su domicilio, desplazándose luego ambos hasta la hamburguesería DIRECCION003 de DIRECCION004 , de modo que tras comprar unas hamburguesas en él DIRECCION005 se las llevaron al domicilio del acusado para comerlas allí.

Dicho domicilio se encuentra situado en la AVENIDA000 .no NUM003 de DIRECCION000 , propiedad de Gregoria , la cual no tenía conocimiento alguno de lo ocurrido.

En un momento determinado, el acusado, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales y valiéndose de la ascendencia que tenía con el menor por su condición de entrenador, se tumbó en la cama que tenía en el comedor (sin camiseta y con pantalón corto) y se dirigió a Conrado diciéndole: "ven Canicas , que vamos a ver un partido" tumbándose éste a su lado, instante en que el acusado comenzó a tocarle las nalgas, intentando introducir su dedo en la parte del ano del menor, el cual tenía el pantalón puesto, pasando también a tocar su ingle y genitales a la vez que le daba besos por el cuello; en un momento dado agarró la mano izquierda de Conrado y se la llevó a su pene, tirando el menor hacia atrás, situándose el acusado por detrás mientras hacía movimientos obscenos, siendo impedida tal acción en todo momento por el menor.

En el salón se encontraba una cama, al lado de ésta una mesilla y encima de la misma su pistola de policía local, así como una cámara de grabación encima del mueble del comedor, sin que conste grabación alguna del menor.

El acusado en dicho tiempo mantenía conversaciones con el menor Conrado por DIRECCION006 , en concreto desde el día 22.5.2017 hasta el 21.8.2017, en las que le dirigía expresiones tales como: "te quiero, te amo, tengo ganas de verte, llámame" y le pedía que le enviara fotos.

2. En este mismo contexto, meses previos a Agosto del 2.017, el acusado pidió en reiteradas ocasiones al menor Eduardo (nacido el NUM004 de 2.004) a quién conocía porque lo entrenaba en su equipo de fútbol, que lo visitara en su domicilio de la AVENIDA000 , habiendo acudido el menor en varias ocasiones anteriores y en la última de ellas el acusado, sin camiseta y en pantalón corto, con el mismo ánimo libidinoso y valiéndose de la misma ascendencia como entrenador que en el caso de Conrado , le dijo mientras estaban ambos en el salón que se tumbara con él en la cama que había en su interior, al tiempo que lo abrazaba fuertemente y le tocaba las piernas. En esta situación, el acusado mientras que lo abrazaba, intentó tocarle sus partes por dentro del pantalón subiendo su mano con dicha intención.

Cuando ocurrieron estos hechos, en el salón se encontraba la pistola de policía local encima de una mesilla y una cámara de grabar. Cuando el menor se Marchaba de la vivienda, el acusado pidió que no contara nada de lo ocurrido.

El acusado en dicho tiempo mantenía conversaciones por DIRECCION006 con el menor Eduardo , en concreto entre el 9 de mayo al 21 de agosto del 2.017, dirigiéndole expresiones tales como: "Qué voz más bonita tienes Canicas , mándame una foto que estés tu solo y no esté movida, te pedí una foto tuya bobo, pero no de la familia, ya no me mandas fotos ni vídeos para que te vea".

3. En tal contexto igualmente, en la mañana del 20 de agosto de 2.017, Demetrio se dirigió a la casa del acusado con ocasión del partido de fútbol que éste y Conrado jugaban en DIRECCION002 , para desplazarse los tres en el vehículo del acusado a dicha localidad, cuando en un momento determinado el acusado, que vestía pantalón corto y no llevaba camiseta, aprovechando que Demetrio estaba sentado en una silla del salón, le echó unas gotas de colirio en los ojos y Con el mismo ánimo libidinoso y valiéndose de la misma ascendencia utilizada en los casos anteriores de Conrado y Eduardo , le preguntó a Demetrio "por los pechos de la foto", al tiempo que le decía que se levantara la camiseta. Una vez que Demetrio tenía la Camiseta levantada, el acusado se situó frente al menor, se salvó sus dedos y le tocó los pezones para después colocarse detrás de él y estando en la parte de la espalda, colocó sus manos en sus pechos palpándolos durante un tiempo determinado.



Acto seguido salieron del domicilio en busca de Conrado para dirigirse a DIRECCION002 y, durante el trayecto, el acusado manifestó al menor que no contara a nadie que le había tocado los pechos. Estos hechos fueron grabados por una cámara que el acusado colocó en el salón en una de las estanterías.

Durante la instrucción de esta causa, se acordó entrada y registro a las 18:45h del día 21 de agosto del 2017 en el domicilio de Jose Ignacio, con previa autorización de éste y en cumplimiento de, todas las garantías legales, en el cual se incautaron los siguientes efectos:

En el salón: -Una pistola con cargador y 11 cartuchos sobre una mesilla junto a la cama, un pen drive de 16 GB en el 2º cajón de la mesilla, un cargador de pistola con 14 cartuchos. Dicha pistola y munición es la que utiliza legalmente el Agente en su ejercicio profesional. En la estantería: Una cámara de fotos NIKON de 16 GB, una cámara de vídeo con tarjeta de memoria de 32 GB Y un cargador. Detrás de la TV: Un disco duro con cable. En la torre de ordenador un pen drive. En otra estantería, 5 cartuchos y una torre de ordenador precintado en puertos. En el pasillo: Una cámara EVERIO en estantería, con tarjeta de memoria de 2 GB. Un cargador de la cámara NIKON. Un disco duro marca CONCEPTRONIC. En la habitación junto a la puerta de la calle: Un teléfono móvil SAMSUNG, una torre de ordenador precintado, una caja de zapatos con DVDS grabados. En la cocina: Un trípode con su funda negra.

En pieza separada se está investigando el contenido de los ordenadores personales intervenidos en el registro, así como del terminal telefónico del acusado, por si de los mismos se derivara algún tipo de responsabilidad penal.

A resultas de estos hechos el menor Conrado ha seguido jugando al fútbol, aunque no con la misma ilusión de antes, habiéndose vuelto más arisco en su carácter; Eduardo sufrió las presiones e insultos de sus compañeros por la denuncia realizada, siendo actualmente una persona más triste y callada; por su parte Demetrio dejó el fútbol ese mismo año porque ya no le apetecía a raíz de lo sucedido, habiéndose vuelto más tímido y cerrado desde entonces. Los representantes legales de los menores han reclamado la indemnización que les pueda corresponder con arreglo a Derecho.

En todos estos hechos, el acusado tenía conocimiento de la minoría de edad de las víctimas.>>(sic)

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

<< Que debemos condenar y condenamos a Jose Ignacio como autor criminalmente responsable de TRES DELITOS DE ABUSOS SEXUALES cometidos sobre menores de dieciséis años, subtipo agravado de prevalerse de una relación de superioridad, previstos y penados en el art. 183.1 y 4 d) del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas siguientes:

Por el delito cometido respecto al menor Conrado a la pena de prisión de CINCO AÑOS y por cada uno de los otros dos delitos cometidos respecto a los menores Eduardo y Demetrio a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES; además por cada Uno de ellos la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de la persona de las Víctimas, así como a su domicilio o cualquier otro lugar que frecuenten, y de prohibición de comunicarse con las víctimas por cualquier medio electrónico, telemático, informático o de cualquier otra naturaleza por un tiempo superior en dos años al de la duración de las penas de prisión impuestas, así como inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior en cuatro años a la duración de las penas de prisión impuestas.

Asimismo se impone la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años, que se cumplirá a continuación de las penas privativas de libertad impuestas.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado por los daños morales ocasionados, deberá indemnizar a Conrado con la cantidad de 20.000 euros, y a Eduardo y Demetrio en la suma de 12.000 euros para cada uno de ellos, cantidades todas que devengarán el interés legalmente establecido de acuerdo al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El condenado deberá también abonar las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular.

Se deniega la petición de libertad solicitada en la vista de juicio oral por la defensa del acusado, manteniéndose su situación personal actual de prisión comunicada y sin fianza, sin perjuicio de que para el cumplimiento de la pena impuesta al condenado se abone a la misma todo el tiempo que haya estado en situación de prisión provisional por esta causa. >>[sic]



TERCERO.- Contra la anterior sentencia, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de Don Jose Ignacio , ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dictándose por esa Sala sentencia n.º 4/2020 de 21 de enero, en el Rollo de Apelación o nº 33/2019, cuyo Fallo es el siguiente:

<< F A L L A M O S: Que debemos acordar y acordamos DESESTIMAR el Recurso de apelación interpuesto por el condenado Jose Ignacio , quien comparece representado por el Procurador de los Tribunales Don JOSÉ MARÍA ALMEIDA SÁNCHEZ, y defendido por el letrado D. FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ FERNÁNDEZ. [«*P. Abreviado núm. 655/2017; Rollo de Sala núm. 00033/2019; Audiencia Provincial de Badajoz. Sección Tercera.*»], contra la sentencia de instancia de 7 de octubre de 2019, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS aludida resolución, declarando de oficio las costas de este recurso. >>[sic]

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por el acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación procesal del recurrente, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Amparado en el art. 852 de la LECrim. el art. 5.4 y 11 Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio recogido en el 18.2 Constitución Española, en relación con el art. 24.2 CE, Derecho a un proceso con todas las garantías.

Segundo.- Amparado en el art. 852 de la LECrim. y el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia recogido en el art. 24.2 de la C.E, en relación a la inexistencia de prueba de cargo.

Tercero.- Al socaire de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativo a la infracción de Ley y Doctrina Legal, por la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y las partes recurridas, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 8 de septiembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurrente, Don Jose Ignacio , ha sido condenado en sentencia confirmada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, como autor responsable de tres delitos de abusos sexuales cometidos sobre menores de dieciséis años, subtipo agravado de prevalerse de una relación de superioridad, previstos y penados en el art. 183.1 y 4 d) del Código Penal, a una pena de prisión de cinco años y dos penas de prisión de cuatro años y seis meses, a la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de las víctimas y de comunicarse con ellas por un tiempo superior en dos años al de la duración de las penas de prisión impuestas, así como a la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior en cuatro años a la duración de las penas de prisión impuestas. Igualmente se le ha impuesto la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años. En concepto de responsabilidad civil ha sido condenado a indemnizar a Conrado con la cantidad de 20.000 euros, y a Eduardo y a Demetrio en la suma de 12.000 euros, para cada uno, en concepto de daños morales, con el interés legalmente establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por último, ha sido condenado a abonar las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular.

El recurso se dirige contra la sentencia núm. 4/2020, de 21 de enero, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el Rollo de Apelación núm. 33/2019, por la que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Jose Ignacio contra la sentencia núm. 173/2019, de 7 de octubre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de DIRECCION001 , en el Procedimiento Abreviado núm. 27/2019, dimanante de la causa Procedimiento Abreviado núm. 655/2017 instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de DIRECCION000 .

SEGUNDO.- El primer motivo, como se ha indicado, se formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de los artículos 5.4 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio recogido en el artículo 18.2 de la Constitución Española,



en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española, referido a su derecho a un proceso con todas las garantías.

Señala que cuando prestó el consentimiento para la entrada y registro en su vivienda, no fue asesorado por Letrado alguno ya que se procedió a llamar al Letrado cuando dio su consentimiento. Añade que, aunque firmó un acta de conformidad con la diligencia junto a la Letrada que llegó posteriormente a asistirle a la comisaría, su consentimiento para entrar y acceder al domicilio fue prestado sin asesoramiento de Letrado, razón por la que todo deviene nulo, incluyendo esa acta posterior firmada y todas las evidencias halladas en la vivienda.

1.- Sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo de modo reiterado el consentimiento del interesado para la validez de la medida. En este sentido, expresábamos en la sentencia núm. 951/2007, de 12 de noviembre, que es necesario "que la prestación de que ese consentimiento se verifique en condiciones que impidan cualquier asomo de presión psicológica que lleve al interesado a abdicar del cuadro de garantías que constitucionalmente otorga el artículo 18.2 de la Constitución Española, viene siendo reiterada de forma unánime por la jurisprudencia. Ese consentimiento como verdadera fuente de legitimación del acto de injerencia de los poderes públicos en el domicilio del imputado, se deriva del propio enunciado constitucional, así como de lo previsto en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 8 del Convenio de Roma y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 551, autoriza incluso una forma de consentimiento tácito -de obligada interpretación restrictiva-, cuando establece que se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que lo permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el precepto constitucional.

Dicho en palabras de esta Sala, "...el consentimiento o la conformidad implica un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental" (cfr. SSTS 628/2002, 12 de abril, 1061/1999, 29 de junio y 340/1997, 7 de marzo)."

2. En el presente caso, no puede sostenerse fundadamente que en la práctica de dicha diligencia se hayan vulnerado las exigencias constitucionales sobre este tipo de actuaciones judiciales.

Tal y como expresa el Tribunal Superior de Justicia, confirmando la decisión de la Audiencia, el registro practicado en el domicilio del recurrente se hizo con su consentimiento manifestado libre y voluntariamente para cuyo otorgamiento contó con el necesario asesoramiento de letrado.

Ante la disposición del recurrente de autorizar el registro de su domicilio, se procedió a solicitar la presencia del abogado por él designado en su acta de información de derechos, no siendo posible su localización. Al no ser posible localizar al letrado inicialmente designado, y a iniciativa del detenido, se solicitó la presencia de un letrado del turno de oficio, siendo designada la Letrada Doña Rocío Monago Ruiz. Fue a presencia de ella cuando se cumplimentó la autorización de entrada y registro en el domicilio del detenido, hoy recurrente, diligencia que se llevó a cabo en presencia del detenido, de la Letrada mencionada y de dos testigos.

Por tanto, no fue la manifestación inicial del recurrente la que legitimó la práctica del registro, sino el consentimiento prestado por él con asistencia letrada, consentimiento que quedó debidamente recogido en la correspondiente acta levantada al efecto y firmada por el detenido y la Letrada que le fue designada de oficio a su instancia. Fue precisamente la citada manifestación la que determinó la localización de Letrado para asistir y asesorar al detenido, quien confirmó y renovó su consentimiento tras la asistencia de la Letrada con la que pudo comunicarse y respecto a la que no consta que obviara sus obligaciones profesionales para con su defendido. No se detecta pues irregularidad alguna en la prestación del consentimiento que pudiera viciarlo. Tampoco es denunciada por el recurrente incidencia alguna en ese sentido, únicamente se limita a residenciar el consentimiento prestado en aquel momento inicial, lo que no resulta coherente con lo realmente acontecido en los términos que han sido expuestos. Además, en cualquier momento posterior, incluso después de la firma del acta asistido de Letrada, aquel consentimiento pudo ser revocado, a instancia del detenido o de su Letrada, lo cual no solo no ocurrió, sino que ambos presenciaron y consintieron el registro sin efectuar objeción alguna.

En consecuencia, el consentimiento formalmente otorgado por el recurrente a la entrada y registro en su domicilio fue válido. Ningún derecho fundamental fue vulnerado, pudiéndose afirmar que el registro se llevó a cabo con todas las garantías legales.

El motivo por ello debe ser desestimado.



TERCERO.- El segundo motivo del recurso se formaliza por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia recogido en el art. 24.2 de la Constitución Española.

En desarrollo de este motivo, señala el recurrente que no han sido tenidas en cuenta las declaraciones testificales propuestas por su defensa, declaraciones que corroboran cómo durante casi los veinte años que ha estado entrenando nunca ha habido ninguna denuncia por hechos similares a los que han motivado su condena. Los familiares de chicos que él entrenó, e incluso varios chicos entrenados por él, pusieron de manifiesto que nunca han tenido algún episodio sexual o "raro" con él, siendo siempre el trato muy cercano, de mucha confianza y de respeto.

A continuación, después de exponer la doctrina jurisprudencial en relación al derecho a la presunción de inocencia que alega, se limita a exponer el recurrente su valoración crítica sobre las declaraciones inculpatorias prestadas por los tres menores, transcribiendo literalmente lo expresado a este respecto en su recurso de apelación, pero sin efectuar alegación alguna que desvirtúe los razonamientos contenidos en la sentencia de apelación, lo cual debería llevar ya a la desestimación del recurso.

1. Conforme venimos señalando en las sentencias núm. 635/2018, de 12 de diciembre; 470/2018, de 16 de octubre; y 77/2019, de 12 de febrero, entre otras, la presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Conforme expone el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Además, aquéllas deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.

En consonancia con ello, el artículo. 6.1 de la referida Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

A nivel nacional, el derecho a la presunción de inocencia está reconocido, con carácter de fundamental y rango constitucional, en el artículo. 24.2 de la Constitución Española ("Todos tienen derecho...a la presunción de inocencia").

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (sentencias núm. 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero, entre otras), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediatez y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12 de julio).

Fuera de esas comprobaciones, debe acabar la función casacional respecto a las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, tanto en relación a las sentencias dictadas en los procedimientos sometidos al Tribunal del Jurado, los cuales, como veíamos, están sometidos al doble



examen o doble instancia, como con respecto a las sentencias dictadas bajo la cobertura de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, que ha establecido una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia. Y ello por cuanto que la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad ya ha sido realizada por el Tribunal de apelación.

Como indican, entre otras, las sentencias de esta Sala 476/2017, de 26 de junio y 238/2018 de 22 mayo, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, estableciendo un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

2. En el marco expuesto, el examen de la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia conduce a la desestimación de este motivo del recurso.

En efecto, el Tribunal de Apelación desgrana con detalle la prueba practicada ante el Tribunal de instancia, prueba que considera suficiente y racionalmente valorada, particularmente, en lo que se refiere a las declaraciones de las víctimas, con respecto a las cuales el órgano sentenciador, como refleja el Tribunal Superior de Justicia, no halló elemento alguno que permitiera cuestionar su credibilidad.

Destaca el Tribunal Superior de Justicia dos pruebas de especial relevancia, a las que ninguna referencia hace el recurrente en su recurso. Se trata de la prueba videográfica y de los mensajes que enviaba el acusado a los menores a través de la aplicación DIRECCION006. Estos últimos fueron transcritos por la Audiencia y son reproducidos el Tribunal.

El Tribunal Superior de Justicia reproduce también en su sentencia la descripción que realiza la Audiencia del video en el que quedó grabada la agresión de que fue objeto el menor Demetrio.

Tales pruebas corroboran sin lugar a duda los testimonios de los menores y destruyen la credibilidad del recurrente.

Se refiere a continuación el Tribunal Superior de Justicia a las contradicciones denunciadas en las que a su juicio incurrieron los menores. Entiende que más que contradicciones constituyen adiciones que realizaron los menores en el juicio y que se refieren a hechos periféricos que no contradicen ni desdibujan lo que es nuclear que afecta a la esencia del tipo que resulta de los hechos considerados probados por la Audiencia Provincial. Se refiere también a la exclusión realizada por la Audiencia de cualquier trastorno o perturbación en los menores o atisbo alguno que permita considerar su testimonio como espurio, a la vez que los califica como coherentes y estructurados. Confirma por último la valoración efectuada por la Audiencia del testimonio de cada uno de los menores.

Así las cosas, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura ofrece contestación al recurrente sobre todas y cada una de las cuestiones suscitadas por su parte, ofreciendo explicación coherente y clara de lo ocurrido, explicación que, además, viene amparada por el resultado de los medios probatorios practicados.

El testimonio que pudieran ofrecer otros menores y sus progenitores lo único que podría acreditar es que no ha realizado con ellos actos semejantes a los que son objeto de enjuiciamiento en la presente causa.

Tal como esta Sala viene señalando de forma reiterada (auto núm. 1133/2018, de 6 de septiembre, con expresa remisión a la sentencia 689/2014, de 21 de octubre), "el control que le corresponde realizar a este Tribunal 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 la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo", como, en efecto sucede en el caso que nos ocupa.

Continúa el citado auto señalando que "en cuanto a la tesis alternativa planteada por el recurrente, hemos afirmado en numerosos precedentes (STS 636/2015, de 21 de octubre, entre otras), que nuestro papel



como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal a quo. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba", como en efecto sucede en el presente caso, de conformidad con lo expuesto en los párrafos precedentes.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso se deduce por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 21.6 del Código Penal, atenuante de dilaciones indebidas.

Señala el recurrente que basta tan sólo con echar un vistazo a las fechas de la detención, de práctica de pruebas y de celebración del Juicio para comprobar que dos años es excesivo para la duración del procedimiento teniendo en cuenta que la actividad probatoria no fue compleja. Añade que no se puede ni se debe cargar el retraso en el procedimiento en la defensa por los recursos formulados toda vez que el derecho a recurrir y el acceso a los recursos siempre deben primar. De lo contrario estaríamos ante una vulneración de la tutela judicial efectiva.

1. Conforme se exponía en la sentencia núm. 169/2019, de 28 de marzo, este Tribunal viene señalando (sentencias núm. 360/2014 y 364/2018) que, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una efectiva lesión de especial entidad derivada de la dilación, la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse (más como resumen empírico que como norma de seguimiento) atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del artículo 21.6ª del Código Penal.

Como criterios a tener en cuenta en la doctrina del Tribunal Constitucional y en jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar si se han producido o no las dilaciones indebidas, se encuentran: a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes; e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles, etc.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 703/2018, de 14 de enero, "el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso en cada caso el examen de las actuaciones. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de 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.

También debe recordarse que es doctrina consolidada de esta Sala (SSTS 440/2012, de 29 de mayo; 1394/2009, de 25 de enero; 106/2009, de 4 de febrero; 553/2008, de 18 de septiembre; 1123/2007, de 26 de diciembre; 1051/2006, de 30 de octubre; 1288/2006, de 11 de diciembre y la expresada por el Tribunal de instancia, núm. 277/2018, de 8 de junio), la que considera (STS 1394/2009 de 25 de enero) que "la referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario, correremos el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud." En este mismo sentido, exponíamos en la sentencia núm. 1123/2007, de 26 de diciembre, "como fecha de inicio para la determinación de posibles dilaciones no puede tomarse la de la ocurrencia de los hechos, ni tan siquiera la de la denuncia efectuada ante



la autoridad judicial, sino aquella fecha en la que el denunciado/querellado comenzó a sufrir las consecuencias del proceso. Por decirlo con las palabras del TEDH en las sentencias Eckle vs. Alemania de 15 de Julio de 1982 ó López Solé vs. España, de 28 de Octubre de 2003 "...el periodo a tomar en consideración en relación al art. 6-1º del Convenio, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada, o cuando las sospechas de las que es objeto, tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos....".

2. En el caso de autos, el recurrente declaró como investigado el día 23 de agosto de 2017. El día 1 de febrero de 2019 se dictó auto de transformación de la causa en procedimiento abreviado. Se dictó auto de apertura de juicio oral el día 11 de abril de 2019. Se elevaron los autos a la Audiencia Provincial de DIRECCION001 el día 11 de junio de 2019. El día 18 de junio de 2019 se dictó auto por la Audiencia Provincial resolviendo sobre la admisión de pruebas propuestas por las partes, señalándose juicio oral mediante diligencia de ordenación de fecha 19 de junio de 2019, celebrándose el juicio oral el día entre los días 23 y 24 de septiembre de 2019. Finalmente, con fecha 7 de octubre de 2019, se dictó sentencia por la Audiencia Provincial de DIRECCION001 .

Atendiendo a tales hitos temporales no puede apreciarse que la causa haya sufrido una dilación extraordinaria. Transcurrieron algo más de dos años desde que el recurrente fuera detenido y prestara declaración como investigado hasta la celebración del Juicio Oral y el dictado de la sentencia por la Audiencia Provincial. No se detecta ninguna paralización importante, máxime teniendo en cuenta que ha sido precisa la práctica de múltiples diligencias y que han tenido que ser resueltos varios recursos de cuya interposición no se efectúa crítica a la defensa, a quien sin lugar a dudas asiste el derecho al recurso, sino que lo que se pone de manifiesto es la necesidad de proceder a su tramitación y resolución, lo que implica la necesidad de invertir mayor tiempo en la instrucción sin que ello suponga una dilación indebida. Por el contrario ha de ser calificada como dilación debida precisamente en aras a salvaguardar el derecho de defensa del encausado.

Además, el recurrente omite hacer mención especial de las razones que permiten calificar determinados espacios temporales, que no delimita, como injustificados o que determinan el carácter desmedidamente excepcional de aquella duración. Igualmente elude cualquier referencia a las consecuencias gravosas de la dilación para él, lo que nos lleva al rechazo de este motivo con arreglo a los parámetros jurisprudenciales anteriormente expuestos.

En todo caso, la aplicación de la atenuante solicitada carecería de eficacia práctica en la individualización de las penas, teniendo en cuenta que las mismas han sido impuestas al recurrente en su mitad inferior.

El motivo por ello no puede prosperar.

QUINTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de **Don Jose Ignacio** , contra sentencia n.º 4/2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 21 de enero de 2020, en el Rollo de Apelación número 33/2019, que desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó la sentencia n.º 173/2019, de 7 de octubre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en DIRECCION001 , en el Procedimiento Abreviado número 27/2019.

2º) Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

3º) Comunicar esta resolución a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Díaz